Die rechtliche Wirksamkeit von Ferngesprächen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Marburg

vorgelegt von

August Entzeroth

Referendar aus Treysa.

Buchdruckerei W. Kempf, Treysa.

1933.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 21. Dezember 1932.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Alfred Manigk.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Baer: Bd. 23 der „Rechtsfragen der Praxis“, Berlin 1929.
Becker: Sprachliches und Sachliches in Jher. Jahrbuch Bd. 49.
Bekker: Jahrbuch des gemeinen Rechts. II. Bd.
Bieber: Der Zugang empfangsbedürftiger, mündlicher Willenserklärungen. Würzburger Diss. 1908.
Biermann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1908.
Breit, J.: Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. Sächs. Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 15.
Breit, M.: Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung. Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 71.
Brodmann: Handbuch des gesamten Handelsrechts. IV. Bd. 2. Abt. 1918.
Bruhn: Beiträge zur Lehre von den Abschlüssen der Verträge durch Telephon. Erlanger Diss. 1905.
Bülow-Hagemann: Praktische Erörterungen IV S. 20.
Cohn, Ernst: Der Empfangsbote. Breslau 1927.
Cosack: Allgemeiner Teil. 7. Aufl.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil I. Bd.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1906
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Deutsche Juristenzeitung.
Dernburg: Bürgerliches Recht. I. Bd. 3. Aufl. 1906
Dernburg: Pandekten Bd. II. 9. Aufl.
Dötzer: Der Empfangsbote. Marburger Diss. 1930.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch I. Bd. u. II. Bd. 3. Aufl. erl, von Geiler, Hoeninger u, Lehmann
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil 9. Aufl.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 34.—39. Aufl,

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerl. Recht. I. Bd. 2. Auflage.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Erbach: Die stillschweigende Vollmachterteilung. Marburger Diss. 1930.

Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch. München 1912.

Gareis: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil 8. Auflage.

v. Gierke, J.: Handels- und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil, I. Bd. 2. Aufl.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hedemann: Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 25

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil I. Bd. 1. Aufl.

Hupka: Die Vollmacht 1900.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1900.

Isay: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs. Bd. II.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

Joerges: Zum Recht des Fernsprechers. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 56.

Jung: Bürgerliches Recht.

Jung: Das Wirksamwerden der mündlich an Mittelspersonen bestellten Willenserklärung. Arch. Ziv. Prax. Bd. 117

Jung: Von der logischen Geschlossenheit des Rechts. Gießener Festgabe für Dernburg 1900.

Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltv.

Kantorowicz: Methologische Studien über den Zugangsbegriff. Hannover 1917.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.
Köppen: in Iherings Jahrb. Bd. 11.
Koppers: Zum Vertragsschluß durch Fernsprecher. im Recht 1901 S. 201.
Koppers: in DJZ. 1906 S. 75.
Koppers: Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 231
Krückmann: Ueber den Vertragsschluß. Göttinger Diss. 1892.
Kühn: in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 11.
Kunstmann: Das Zugehen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung. Erlanger Diss. 1906.
Laband: Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen HGB. in Goldschmidts Ztschr. f. H. R. Bd. 10 S, 183
Larenz: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Leipzig 1930.
Leonhard, Fr.: Die Wahl bei der Wahlschuld. Iher. Jahrb. Bd. 41.
Leonhard, R.: Der Allgemeine Teil des BGB. Berlin 1900
Lohmar: Die Verhinderung der Entgegennahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Adressaten. Göttinger Diss. 1928.
Löwenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. u. II. Bd. 3, Auflage,
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (zit. We. u. Wg.) Berlin 1907.
Manigk: Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung. Berlin 1918. (zit. Irrtum).
Manigk: Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Iher. Jahrb. Bd. 75 S. 127 ff.
Manigk: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Der 109. Bd. der Amtlichen Sammlung). DJZ. 1925 Sp. 1550 ff.

Manigk: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. IV. Bd. 1927.

Manigk: Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“, Bd. 6, 1929.

Manigk: Stillschweigend bewirkte Vollmachten, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht. (1931) II. Bd. S. 590 ff.

Manigk: Goldschmidts Ztschr. f. das gesamte H. R. Bd. 77 S. 529 ff.

Manigk: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts JW. 1930 S. 2193.

Maaß: Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege.

Meili: Das Telephonrecht. 1885.

Mosse-Heymann: Handkommentar zum HGB. 17. Aufl.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. Bd.

Mugdan: Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, I. Teil. Tübingen 1921.

Oertmann: Kommentar zum BGB. I. Bd. 3. Aufl. 1927

Oertmann: Zugehen und Vernehmen. Recht 1906 S. 721

Philippi: Ueber Vertragsschluß durch Telephon. Erlanger Diss. 1896.

v. Planck: Kommentar zum BGB. I. Bd. 4. Aufl,

Protokolle zum BGB. I. Bd.

Puchta: Lehrbuch der Pandekten. 12. Aufl. 1877.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. Bd. I 7. Aufl.

Recht, Das. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch. I. Band.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß Leipzig

v. Scheurl: in Iherings Jahrb. Bd. 3.

Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung. Leipzig 1902

Scholz: in Ehrenbergs Handbuch. 5. Abt. 2.

Seuffert: Seuff. Arch. Bd. 59 S. 198

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926.
Sokolosky: Willenserklärung mittels Fernsprechers und Ferndrucks. Rostocker Diss. 1908.
Staub: Kommentar zum HGB. 12.—13. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. I. 9 Aufl.
Thiele: Archiv für Ziv. Praxis. Bd. 89.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil 1918.
Titze: Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. Iher. Jahrb. Bd. 42
Titze: Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1927.
Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Arch. f. Ziv.Praxis Bd. 130.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse.
Windscheid-Kipp: Pandekten. 9. Aufl.
Zitelmann: Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil. 1. Aufl.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Inhaltsübersicht.

§ 1.

Mit dem Eintritt des Fernsprechers in das Wirtschaftsleben ergaben sich eine Reihe erheblicher rechtlicher Schwierigkeiten für die Erfassung der mittels des Fernsprechers bewirkten Rechtsverhältnisse, insbesondere für den Abschluß von Verträgen. Wohl ist es üblich geworden, fernmündliche Abschlüsse alsbald schriftlich zu bestätigen, um Unklarheiten oder Mißverständnisse zu beseitigen oder auch Abmachungen, die durch den Fernsprecher getroffen sind, zu ergänzen. An dem Abschluß selbst, der durch das Ferngespräch wirksam getätigt worden ist und dessen Abschluß durch Fernsprecher § 147 B. G. B. selbst regelt, ändert dies nichts, sofern nicht die Parteien den Vertragsschluß ersichtlich von einer Bestätigung abhängig gemacht haben.[1])

Es sollen in dieser Abhandlung nicht alle rechtlichen Beziehungen, welche durch das Ferngespräch begründet werden können, Berücksichtigung finden. Gerade der durch den Fernsprecher geschlossene Vertrag hat seine Besonderheiten, die in der eigentlichen Beziehung der Kontrahenten zueinander — sie sind einander fern und doch so nahe — ihren Ursprung haben. Diese Besonderheiten sind vom Gesetz in durchgreifender Weise nicht berücksichtigt worden, und besonders der einzige Satz des B. G. B., der diesem Verkehrsmittel Rechnung trägt (§ 147 Abs. 1 Satz 2), hat weniger fördernd gewirkt als zu zahlreichen Mißverständnissen Anlaß gegeben.

Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, zunächst hinsichtlich der Frage der Vertragsperfektion durch den Fernsprecher zu einem juristisch und verkehrsmäßig brauchbaren Ergebnis zu kommen. Im Anschluß daran sollen weitere Zweifelsfragen gelöst werden, die sich aus der Benutzung des Fernsprechers zum Abschluß von Rechtsgeschäften insbesondere in dem Handels- und Geschäftsverkehr ergeben haben.

---

[1]) Vgl. Warn. Rechtsspr. 1919 Nr. 5; RG. 90, 166; Löwenwarter zu § 114.

§ 2.

Die Vollziehung eines Vertragsschlusses durch die Annahmeerklärung ist, von einigen gesetzlich bestimmten Ausnahmen abgesehen, nicht denkbar, wenn nicht ein wirksamer, d. h. dem Gesetz entsprechender, bindender Antrag vorausgegangen ist. Dieser bildet die Grundlage des Vertrages, dessen Inhalt in ihm schon gekennzeichnet ist. Es erscheint folgerichtig, zuerst den Begriff des Vertrages darzulegen und dann zu untersuchen, ob sich bei dem Vertrag, der durch den Fernsprecher abgeschlossen wird, Besonderheiten zeigen, ohne im Rahmen dieser Arbeit eine erschöpfende Darlegung des Vertrages geben zu wollen.

In der Wissenschaft herrscht Einigkeit darüber, daß zum Vertrag zwei Willenserklärungen, der Antrag und die Annahme gehören. Infolgedessen gehört zum Zustandekommen eines Vertrages das Zusammentreffen von zwei fehlerfreien Willenserklärungen. Ehe wir aber an die Untersuchung des Vertragsbegriffes gehen, müssen wir als Grundlage der weiteren Ausführungen kurz unsere grundsätzliche Stellungnahme zur Willenserklärung darlegen und unter Beiseitelassen aller Abstraktion denjenigen Begriff der Willenserklärungen auffinden, der dem B. G. B. zu Grunde liegt und auf den wir im weiteren Verlauf der Arbeit öfters zurückgreifen werden. Denn dieser Begriff wird uns allein in die Lage bringen, die einzelnen Vorschriften des Gesetzes für die Willenserklärungen auch auf diejenigen Akte anzuwenden, auf die sie angewendet werden sollen.

Wir gehen davon aus, daß der Kern der Willenserklärungen der Rechtsfolgewillen ist, d. h. die innere Absicht, die auf einen Rechtserfolg gerichtet ist. Das bloße Offenbarwerden eines Willens ist nicht das Wesentliche, allein die Absicht des Aeußernden, ein Zeichen zur Erkennung und Kundgebung seines Willens zu setzen, stempelt die Aeußerung als Erklärung des Willens im Sinne des B. G. B.[1]) In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht[2]) Stellung genommen, indem es ausführt, daß die wesentliche Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gerade darin besteht, daß durch sie die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rech-

---

[1]) Vgl. Manigk, We. und Wg. S. 205.

[2]) RG 88, S. 284..

ten, also ein rechtlicher Erfolg, erzielt wird. Bildet dieser Erfolg einen Bestandteil des erklärten rechtlichen Tatbestandes, so gehört er zum Inhalt der Erklärung. Hierin liegt die Wertung von Erklärung und Wille, der den entscheidenden Faktor bildet, soweit er in die äußere Erscheinung getreten ist. Wir stimmen mit von Tuhr [1]) darin überein, daß der Theorienstreit nur ein platonischer ist, wenden uns aber mit Manigk [2]) gegen den Ausgangspunkt von v. Tuhrs weiteren Ausführungen, in denen er vorschlägt, von der Erklärungstheorie „auszugehen", d. h. anzunehmen, daß das Gesetz nicht dem inneren Willen der Parteien, sondern dem, was sich aus der Erklärung als ihr Wille ergebe, die rechtsgestaltende Wirkung beigelegt habe. Manigk [3]) führt hierzu treffend aus, daß diese Annahme durchaus richtig ist und auch seiner in „Willenserklärung und Willensgeschäft" dargelegten Auffassung entspricht, betont aber mit Recht, daß eine derartige Auffassung nicht aus der Erklärungstheorie folgt und daß auch die rechtsgestaltende Fähigkeit des bloßen inneren Willens niemals von der willenstheoritischen Auffassung in Anspruch genommen worden ist. „Im Begriff der Willenserklärung wirkt einerseits nur der Wille durch die Erklärung und andererseits die Erklärung nur bei entsprechendem Willen. Jedes andere Wirken ist kein begriffsmäßiges." [4])

Manigk geht bei der methodischen Betrachtung der Willenserklärungen in richtiger Erkenntnis davon aus, daß dieser legale Begriff seinen festen Untergrund in den für die Willenserklärung gegebenen allgemeinen Normen des Gesetzes findet. Dieser Autor nimmt mit Recht als Ausgangspunkt seiner Erörterungen die §§ 116 ff B. G. B., die der Gesetzgeber für die Willenserklärungen statuiert hat. In diesem Zusammenhang weist er [5]) nach, daß die Vorschriften der §§ 116 ff nicht anzuwenden sind auf Akte, denen der Kundgebungszweck nicht innewohnt. Wenn Manigk in „Irrtum und Auslegung" [6]) seine Ansicht modifiziert hat, so handelt es sich hier lediglich darum, daß er anerkennt, daß der § 119 B. G. B. nicht notwendig eine dem Kundgebungszweck dienende

[1]) v. Tuhrn, Allgem. Teil 1918 S. 559.
[2]) Goldschmidts Ztschr. über das ges. H. R. Bd. 77 S. 529 Fußn. 2
[3]) a. a. O.
[4]) Manigk, Irrtum S. 250.
[5]) Auf die eingehende Beweisführung Manigks in We und Wg S. 175 ff wird verwiesen.
[6]) S. 112. —

Erklärung voraussetzt. Daran, daß der Begriff der Willenserklärung auf dem der Erklärung zu Grunde liegenden Rechtsfolgewillen beruht, hält er mit Recht fest.[1] Wir können daher mit Manigk[2]) eine Willenserklärung definieren: „Eine Willenserklärung ist eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient." Der Kundgebungszweck, der sich in der mündlichen Aeußerung von vornherein dukumentiert und jeweils den Umständen des einzelnen Falles als besonders gelagert überlassen ist, ist also das Wesentliche. Hieraus ergibt sich von selbst, daß der Kundgebungszweck eines Subjektes nur bei einem Verhalten vorkommen kann, mit dem sich das Subjekt an eine Person wendet, die Zweck und Inhalt der Kundgebung auch zu erkennen in der Lage ist. Fehlt aber bei der Handlung deren Kundgebungszweck, so entfällt damit die Natur als Willenserklärung.[3]) u. [4])

Bei der Betrachtung des Wesens und Inhalts der Willenserklärungen dürfen wir nicht an Problemen vorübergehen, die unverändert im ganzen Gebiet der Willenserklärung maßgebend werden. Es ist einerseits das Problem der Zurechenbarkeit, andererseits das des Rechtsscheins, des Vertrauensschutzes zu Gunsten des gutgläubigen Dritten, geboren aus Treu und Glauben, die im bürgerlichen Geschäftsverkehr gemäß § 157 B. G. B. Berücksichtigung erfordern. Gerade die Wirksamkeit der echten Willenserklärungen steht einerseits unter dem Gesetz des Rechtscheins, der die Willenserklärungen in der Gesamtheit ihrer Funktionen beeinflußt hat, andererseits unter dem der Zurechenbarkeit. Es handelt sich in den verschiedenen Gruppen von rechtlicher Wirksamkeit immer um verschiedenen Bedingungen des Rechtscheins und der Zurech-

[1]) a. a. O. S. 115.

[2]) We u. Wg S. 190, 191.

[3]) Irrtum S. 248. — Diese Lehre findet in der R G Entscheidung Bd. 100 S. 135 ihre Bestätigung; s. Manigks Ausführungen in Iher. Jahrbuch 75, S. 143 ff.

[4]) An dieser Stelle muß auch auf überzeugenden und eingehenden Ausführungen Manigks in We u. Wg S. 150 ff. verwiesen werden, insbesondere auch auf die dort umfassend dargestellte Literatur. Sein Verdienst ist es, den legalen Begriff der Willenserklärung, so wie er vom Gesetzgeber gewollt und verstanden sein will, aus den §§ 116 ff BGB und § 130 BGB abgeleitet und festgestellt zu haben, nachdem man schon lange den Begriff der Willenserklärung statuieren wollte; denn was man bei der einstigen Schöpfung und Rezeption dieses Wortes dahinter vermutete und damit zusammenfaßte, ist bis dahin immer streitig gewesen.

nung. Bei der echten Willenserklärung wird nach richtiger herrschender Auffassung dem Handelnden derjenige Sinn seines Verhaltens zugerechnet, der sich verkehrsmäßig aus seinem Verhalten (§§ 133, 157 B. G. B.) ergibt. Manigk stellt in einer verdienstvollen Untersuchung [1]) den Satz auf, daß „der den Rechtsschein schaffende Tatbestand demjenigen rechtlich zurechenbar sei, gegen den er wirken soll." Daß die Wirkung des Rechtsscheins durch Zurechenbarkeit bedingt ist, zeigt sich beispielsweise im § 56 H. G. B., wo erst die Anstellung im Geschäftslokal die dortige gesetzliche Ermächtigung als Scheinvollmacht entstehen läßt. Die Bedeutung der Zurechenbarkeit zeigt sich auch in den §§ 171 ff B. G. B., wo Scheinvollmacht bedingt ist durch eigene Mitteilung des Machtgebers. Diese Bedingtheit des Vertrauensschutzes des Dritten und des Rechtsscheins durch den das gegnerische Interesse schützenden Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit darf nicht übersehen werden. Methodisch ergibt sich daher die Notwendigkeit, für jeden in Frage kommenden Tatbestand auch die Zurechnungsvoraussetzungen festzustellen. Die Untersuchungen im zweiten Teil unserer Arbeit werden zeigen, wie wichtig dieser Gesichtspunkt ist, dessen Nichtbeachtung zu unbilligen Ergebnissen führt. Denn gerade auch im bürgerlichen und Handelsrecht ist die Lehre von der Zurechnung heimatberechtigt; nicht nur die Straftatbestände, sondern auch die erlaubten juristischen Handlungen stehen hinsichtlich ihrer Rechtsfolge unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung. [2]) Die Zurechnung des Tatbestandes der Willenserklärung wird von den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und des Rechtsscheins beherrscht. Diese lassen sich in den §§ 157, 122, 116, 164 Abs. 2 B. G. B. deutlich sogar als gesetzliche Elemente des Tatbestandes der Willenserklärung erkennen. [3])

Im Anschluß an diese grundsätzlichen Ausführungen können wir uns nunmehr dem Vertrag zuwenden, als dessen Bestandteile zwei Willenserklärungen nötig sind. So wenig aber die Lehre sich über die die Wirksamkeit bedingenden Bestandteile und Merkmale der Willenserklärung einig ist, so wenig ist dies hinsichtlich des Tatbestandes des Vertrages der Fall. Die Wirkung der Willenserklärung hängt von dem erklärten Wil-

---

[1]) Beitr. zum Wirtschaftsrecht Bd. II S. 590 ff.

[2]) Vgl. Manigk We. u. Wg. S. 271 ff, 499, 556 und 560; Irrtum S. 36 ff., 115, 219, 246 ff.: Larenz a. a. O. S. 70 ff.

[3]) Näheres über die Zurechenbarkeit siehe unten.

len nicht allein ab, setzt vielmehr immer dessen Kongruenz mit dem inneren Willen voraus. Entsprechend hängt die Wirksamkeit des Vertrages von dem Vorhandensein des übereinstimmenden inneren Willens der Parteien ab. Der Vertrag setzt zwei Parteien voraus und deren wirklichen Konsenz; er ist regelmäßig ein Erklärungsgeschäft. Die Offerte und die Annahme müssen zunächst der aufgestellten Bedingung jeder einzelnen Willenserklärung genügen, sie müssen Kongruenz des Willens und der Erklärung jeder einzelnen Partei aufweisen. Dazu kommen nun die spezifischen Anforderungen, die der Vertragsbegriff außerdem an die Erklärungen der Parteien stellt, also das, was man gewöhnlich als Konsenz bezeichnet. Das Reichsgericht hebt verschiedentlich hervor, daß zum Vertragsschluß Willensübereinstimmung der Parteien nötig sei. Die Entscheidung Gruchot 63 S. 215 sagt: „Für den vorliegenden Fall ergibt sich danach, daß eine Willenseinigung zwischen . . . überhaupt nicht zustande gekommen ist." Ferner bei Gruchot 50 S. 893: „Ein Vertragsschluß . . . wäre mangels Willensübereinstimmung der Parteien nicht erfolgt." Vielfach wird jedoch bloß von dem Fehlen der „Einigung" gesprochen, wobei unberücksichtigt bleibt, ob dies die innere Willensübereinstimmung oder die äußere Kongruenz der Erklärung sein soll. Cosack[1]) definiert die Verträge als Willenserklärungen, die aufeinander Bezug nehmen, und obschon sie aus entgegengesetzten Lagern kommen, inhaltlich zusammenstimmen. Staudinger[2]) sagt vom Dissensfall: „Die mehreren Willensäußerungen stimmen (vielleicht trotz gleichen Wortlauts) inhaltlich nicht überein, es mangelt am Parteikonsens." Vom Irrtumsfall wird dagegen gesagt, hier bestehe ein „einseitiger Willensmangel" und werde „der Konsens der Parteien über das in Wahrheit gewollte vorausgesetzt." Dies ist insofern unzutreffend ausgedrückt, als bei Irrtum regelmäßig Mißverständnis hinsichtlich des in Wahrheit Gewollten vorliegt, der „Konsens" also nur hinsichtlich des Inhalts der Erklärungen vorliegt. — Man sieht jedenfalls aus den angeführten Reichsgerichtsentscheidungen und den sich anschließenden Darlegungen, eine wie erhebliche Rolle der wirkliche Wille beim Zustandekommen des Vertrages spielt. Zu der Feststellung, ob die Erklärungen der Parteien ihrem Inhalt nach übereinstimmen, muß geprüft werden, ob der wirkliche

---

[1]) Lehrbuch I, § 73.
[2]) Komm. zu § 155.

Wille des Erklärenden in seiner Erklärung auch genügend erkennbar zum Ausdruck kommt. Wir stellen mit Manigk[1]) fest: „Der Vertrag (Einigung) kommt durch die auf der Willensübereinstimmung beruhende Uebereinstimmung der Erklärenden der Parteien zustande.“ — Die Notwendigkeit des inneren Konsenses weist Manigk[2]) noch als logische Folgerung aus folgender Erwägung nach: Setzt man irrtumsfreie Erklärungen der Kontrahenten voraus, so muß also jede Erklärung ohne Divergenz den Willen der Partei richtig ausdrücken. Da zum Vertrag unbestritten zwei übereinstimmende Willenserklärungen gehören, müssen zwangsläufig auch die Willensinhalte der Parteien kongruieren.

Damit sprechen wir uns also gegen die Lehre aus, daß zu einem wirksamen Vertrag die bloße Uebereinstimmung des Inhalts der beiden Parteierklärungen genüge. Wir gelangen beim Vertrag zu der selbständigen Erheblichkeit des inneren Willens. Der nicht erklärte innere Wille kann positive Wirkungen nicht erzeugen, wo das Gesetz eine Willenserklärung verlangt. Das ergibt sich als der auch heute praktisch geltende richtige Kern der Erklärungstheorie. Diesen Kern hatte die Willenstheorie aber mit der Erklärungstheorie gemeinsam, daß nämlich die positiven Rechtswirkungen der Willenserklärung nur durch die Erklärung bestimmt werden können,[3]) also kann auch dort, wo nicht nur eine Willenserklärung, sondern ein Vertrag gefordert wird, ein nicht durch beiderseitige Erklärung vermittelter, lediglich innerer, zufälliger Konsens zweier Subjekte niemals positive Vertragswirkungen zwischen ihnen erzeugen. Aber auch daß bloße Kongruieren der Erklärungen genügt nicht, beides muß kumulativ vorliegen. Der Vertrag setzt zu seiner vollen Wirksamkeit die Kongruenz von vier Faktoren voraus: Die beiden inneren Willen der Parteien und ihre beiderseitigen Erklärungen.

Die Offerte ist eine Willenserklärung, und zwar gilt sie als eine sogenannte empfangsbedürftige, mag sie nun den Interessenten zugehen wie sie wolle. Unter „Zugang“[4]) einer Willenserklärung kann man nur das durch den Erklärenden und mit dessen Willen bewirkte Hingelangen derselben in die Wahrnehmungsphäre des Empfängers verstehen. Eine Wil-

---

[1]) Iher. Jahrb. Bd. 75 S. 223

[2]) a. a. O.

[3]) Vgl. Manigk in Ztschr. f. d. ges. H. R. Bd. 77 S. 531.

[4]) Näheres darüber siehe unten im § 5.

lenserklärung wie die Offerte, auf die die §§ 116 ff B. G. B. allein anwendbar sind, in deren Tatbestand der Kundgebungszweck erheblich ist, bedarf insofern immer des Empfangs, als sie vom Erklärenden in die Wahrnehmungsphäre der jeweils Beteiligten überführt werden muß. Die Offerte muß in einer bestimmten Richtung — das ergibt sich schon aus ihrem Wesen als Willenserklärung, der der Kundgebungszweck eigen ist —, nämlich in Richtung auf den Oblaten in einer danach qualifizierten Weise abgegeben und diesem zugeführt werden. Und wenn wir von ihr als einer Willenserklärung sprechen, so ist damit auch schon ausgedrückt, daß die Absicht zur Durchsetzung des Willens vorliegen muß; ernstlich und in bindender Absicht muß die Offerte abgegeben werden. Sie muß ferner so gehalten sein, daß der Oblat sie sofort abnehmen kann, d. h. sie muß präzis gestellt sein.

Wenden wir unsere theoretischen Erörterungen auf einen praktischen Fall an, den Koppers im Jahre 1901 [1]) zur Diskussion gestellt hat, weil sich an ihm alsbald eine Reihe von Fragen beantworten lassen, die Gegenstand unserer Darlegungen sein werden:

> A in C bietet dem B in D zwei Kuxe von 1000 Mark bis abends 7 Uhr mittels Fernsprechers zum Kaufe an. Um 6 Uhr verreist A, weil er angeblich auswärts unaufschiebbare Geschäfte zu besorgen hat. Darauf, um 6½ Uhr, telefoniert B, daß er das Angebot annehme, Die Annahmeerklärung wird von Frau A, die keine Vollmacht hatte, am Fernsprecher in Empfang genommen. Diese erwidert, daß ihr Mann verreist sei, daß sie von der Angelegenheit keine Kenntnis habe und sich auf nichts einlassen könne.

Wir prüfen zunächst, ob die genannten Voraussetzungen einer gültigen Offerte in dem Tatbestand gegeben sind, indem wir dabei die Geschäftsfähigkeit der Parteien als selbstverständlich präsumieren. Und es ergibt sich, daß wesentliche Besonderheiten für die Uebermittlung der Offertenerklärung durch den Fernsprecher nicht bestehen. Wir stellen dabei fest, daß die Uebermittlung durch den Fernsprecher ein durchaus taugliches und zuverlässiges Mittel darstellt. Es herrscht heute kein Zweifel mehr darüber, daß die Art, wie wir unsere Willenserklärungen der anderen Partei mitteilen, uns völlig an=

---

[1]) in DJZ. 1901 S. 112 und 113.

heim gestellt ist, wenn wir uns nur auf diese Art dem Gegner verständlich machen können. Daß diese Voraussetzung beim Fernsprecher erfüllt ist, wird niemand leugnen wollen. Wir können also durch den Fernsprecher einen Vertrag abschließen, sei es, daß wir nur die Offerte oder nur die Akzeptation oder beide Erklärungen auf die genannte Weise abgeben. — Eine Eigenart liegt bei der fernmündlichen Offerte in der Möglichkeit des Widerrufs. Diese ist bei dem Fernsprecher so gut wie ausgeschaltet und zwar aus dem einfachen Grunde, weil wir ein schnelleres Transportmittel als den Fernsprecher nicht kennen und deshalb ein Widerruf tatsächlich — juristisch ist er sehr wohl denkbar — ausgeschlossen ist.[1]) Und was schließlich die Präzisierung des Vertragsantrags betrifft, so wird sich diese Frage beim Fernsprecher nicht anders gestalten als beim mündlichen Verkehr im räumlichen Gegenüberstehen.

§ 3.

Haben wir in den vorhergehenden Ausführungen die Eigenart einer durch den Fernsprecher gemachten Offerte dargelegt, so wollen wir nunmehr zu dem Wesen und der Dauer der ihr innewohnenden Gebundenheit Stellung nehmen. Der Offerent ist gemäß § 145 B. G. B. an die Offerte, wie er sie meint, im Interesse des Gegners gebunden. Derjenige, der eine Erklärung an den anderen gelangen läßt, muß wegen des bewirkten Vertrauens, das dieser andere in den ihm zugänglichen Erklärungswert setzt, stets für den Inhalt der Erklärung eintreten. Die Frage der Gebundenheit, die Frage also, ob der Antragende dem Gegner Zeit und Gelegenheit zur Entschließung und Antwort lassen muß und solange den Antrag nicht widerrufen kann, ist in das Belieben der Parteien gestellt. Eine solche Gebundenheit können die Parteien miteinander vereinbaren. Grundsätzlich ist im bürgerlichen Recht jeder Vertragsantrag ohne Ausnahme bindend, während das gemeine Recht irgend eine Gebundenheit der Parteien vor der Perfektion des Vertrages überhaupt nicht kannte. In § 145 B.G.B. wird gesagt, daß, wer einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, an den Antrag gebunden ist, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Weiter wird im

[1]) Vgl. Philippi S. 43.

§ 146 B. G. B. vorgeschrieben, daß der Antrag erlischt, wenn er nicht rechtzeitig angenommen wird und daß nach § 147 Abs. 1 B. G. B. der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden kann. Das Gesetz bestimmt also selbst die Länge der Gebundenheitsfrist. Der während der Frist bestehende Schwebe- und Ungewißheitszustand soll mit Ablauf der Frist sein Ende erreichen.[1]) Im letzteren Fall erlöschen Geltung und Gebundenheit, wenn die Annahme nicht sofort erfolgt. Eine Gebundenheit, die sofort erlischt, ist aber keine Gebundenheit und nur der Doktrin zuliebe nennt man sie so. Wenn z. B. in einer ununterbrochenen Verhandlung nach Hin- und Herreden der Gegner schließlich den Antrag annimmt, so ist damit der Vertrag zustandegekommen. Diese Gebundenheit der Offerenten, diese Bewegungsunfreiheit bezieht sich jedoch nicht auf das Objekt, sondern auf den Willen; er darf seinen Willen nicht mehr ändern. Dieses Moment ist es, was wir bei der Würdigung des vorliegenden Tatbestandes besonders im Auge behalten müssen. Ein zweiter Umstand ist davon scharf zu sondern; es ist dies die in der Offerte enthaltene Verpflichtung, „durch die Annahme des Antrags eine dem Inhalte desselben entsprechende Rechtsveränderung geschehen zu lassen.“[2]) Diese Wirkung, die Perfektion des Vertrages, ist letzthin der Zweck der Offerte, während die Gebundenheit an das Wort nur das Zugeständnis des Gesetzes an die Grundsätze von Treu und Glauben bedeutet. Zur Erreichung dieses Zieles bedarf es des Eintreffens der Annahmeerklärung innerhalb der Dauer der Gebundenheit. Daß eine solche besteht, haben wir erörtert. Nur ist bei der durch den Fernsprecher erfolgten Offerte wie bei der mündlichen nach § 147 Abs. 1 B. G. B. die Gebundenheit auf ein solches Minimum herabgedrückt, daß hier Zweifelsfragen über die Dauer kaum entstehen werden. Man bedenke bloß, daß die vorschriftsmäßige Sprechzeit 3 Minuten (= eine Gesprächseinheit) dauert. Kein Ferngespräch soll länger als zwei Einheiten dauern, es sei denn, daß keine andere Meldung vorliegt.[3]) Anders liegt der Fall, wenn die Gebundenheitsfrist nach § 148 B. G. B. erstreckt wird, so wie in dem Kopper'schen Fall.

[1]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 191.
[2]) Krückmann a. a. O. S. 18.
[3]) Vgl. Scholz a. a. O. S. 811.

Die Annahme, heißt es im Gesetz, kann nur innerhalb der vom Offerenten bestimmten Frist „erfolgen". Fraglich ist hierbei, ob unter diesem neutralen Ausdruck der Moment der Absendung oder der des Anlangens beim Offerenten zu verstehen ist. Wäre der erste Zeitpunkt der entscheidende, so wären damit die aus der zwischen den Willenserklärungen liegenden Frist sich ergebenden Schwierigkeiten im Wesentlichen ausgelöscht. Die Absendung ist ein so klarer Zeitpunkt, daß hier Bedenken kaum obwalten können; auch im Kopper'schen Fall ist dieselbe durchaus als erfolgt anzusehen. Erforderlich wäre also nur, daß der Offerent irgend einmal in den Besitz der Annahmeerklärung gelangte. Auch das Reichsgericht ist schon mehrmals[1]) in die Lage gekommen, sich mit dieser Frage zu beschäftigen und jedesmal ist es zu dem Resultat gekommen, daß die Absendung der Annahme für die Wahrung der Frist noch nicht genügen könne, daß sie vielmehr in den Besitz des Offerenten gelangt sein müsse. Es wird dabei mit Recht auf Absatz 2 des § 147 BGB. hingewiesen, wo die Normierung der gesetzlichen Gebundenheitsfrist lediglich in Hinsicht auf die Zeit der Ankunft erfolgt ist, während die Absendungszeit rechtlich ganz außer Betracht bleibt.[2]) Dies analog anzuwenden, erscheint das Gegebene. Die Literatur steht auch, soweit sie sich mit der Frage befaßt, auf demselben Standpunkt.[3])

§ 4.

Wenn also ein Vertragsschluß zustande kommen soll, so muß die Annahmeerklärung bis zum Endpunkt der Bindung wirksam geworden sein. Wann dies bei der Uebermittlung durch den Fernsprecher eintritt, ob es insbesondere in dem Kopper'schen Fall geschehen ist, ist nunmehr zu untersuchen.

Auch die Annahme ist regelmäßig eine Willenserklärung. Sie erfordert daher die gleiche Beschaffenheit wie die Offerte, nämlich „eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient."[4]) Die An-

---

1) RG. 43, 75; 53, 59.
2) RG. 43, 80.
3) Vgl. Staudinger Nr. 1 zu § 148; Gareis zu § 148; Planck zu § 148.
4) Manigk, We. und Wg. S. 190 und 191.

nahme ist gleichfalls empfangsbedürftig. Dies ergibt sich schon aus dem Wesen der Willenserklärung. Damit der Vertrag nun bindend wird, muß die Annahme rechtzeitig erfolgt sein, d. h. die Annahmeerklärung muß vollendet sein in dem Zeitpunkt, wo die Offerte noch bestand,[1]) andernfalls handelt es sich um eine verspätet eingegangene Annahmeerklärung,, die als Annahme unwirksam ist. Nun kann es aber gerade beim fernmündlichen Verkehr sehr leicht vorkommen, daß, nachdem jemand einen Vertragsantrag gestellt hat, die Verbindung plötzlich abgebrochen wird. Hängt nun etwa die Offerte in der Luft? Wenn z. B. A einem Bankier, der eben unabkömmlich auf der Börse beschäftigt ist, durch den Fernsprecher eine Anzahl Aktien zu bestimmtem Kurse anbietet und der Bankier zuruckruft, er habe jetzt keine Zeit, „Schluß", so ist A, wenn der Bankier einige Zeit später annimmt, nicht mehr an seine Offerte gebunden (§ 147 B. G. B.). Diese hat, da sie nur sofort angenommen werden konnte, keine Bedeutung mehr.[2])

Wie muß man aber entscheiden bei einer durch Unterbrechung der Verbindung — es wird z. B. durch irgend ein Naturereignis die Verbindung kurze Zeit gestört — veranlaßten kurzen Verspätung der Annahmeerklärung? Nach Planck[3]), Enneccerus[4]) und v. Tuhr[5]) soll dem Erfordernis der sofortigen Annahme in diesem Falle nicht entsprochen sein, die Annahme sei verspätet; sie werde nicht ersetzt durch die sofortige Annahme nach Wiederherstellung der Verbindung. Denn für den Antragenden, in dessen Interesse das Erfordernis der sofortigen Annahme bestehe, sei es gleichgültig, aus welchem Grunde diese nicht erfolge. — Die letztgenannten Autoren schränken dann ihre Ansicht ein, da Treu und Glauben erforderten, daß der Antragende, wenn ihnen nach kurzer Unterbrechung der Fernverbindung die Annahme erklärt werde und er diese als verspätet zurückweisen wolle, dieses dem anderen Teil sofort mitteile; andernfalls sei anzunehmen, daß er — analog dem § 149 B. G. B. — mit der verspäteten Annahme einverstanden sei. Indessen ist die Sachlage hier eine andere als im Falle des § 149 B. G. B. Diese Bestimmung erklärt sich daraus, daß hier der Annehmende, da er ja rechtzeitig an-

[1]) Enneccerus zu § 153, III
[2]) RG. 104, 235.
[3]) a. a. O. zu § 147, I
[4]) a. a. O. Anm. 15 zu § 152.
[5]) a. a. O. zu § 62.

genommen hat, mit dem Zustandekommen des Vertrages rechnen darf und muß. In dem vorliegenden Fall kann der Annehmende eine solche Meinung aber nicht hegen.

Wir schließen uns Staubs Ansicht [1]) an, wonach bei Wiederherstellung der Verbindung nach kurzer Störung die Annahme rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Antragsteller nicht bei Wiederaufnahme des Ferngesprächs die Verspätung rügt. Das Verbot von Treu und Glauben erfordert dies. [2]) Abwegig erscheint die Unterscheidung von Düringer-Hachenburg [3]), wonach im Ortsverkehr kurze Trennung überhaupt unschädlich sei, dagegen bei auswärtigen Gesprächen umgekehrt eine Trennung die Annahme unmöglich mache. — Es wird offenbar auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen.

Wenden wir uns wieder dem Kopper'schen Fall zu, so sehen wir, daß alle genannten Voraussetzungen gegeben sind. Während wir bei der Offerte des A über ihre Wirksamkeit im Zweifel nicht sein können, — denn ein höherer Grad von Entwicklung läßt sich bei einer Willenserklärung nicht denken, als daß der, für den sie bestimmt ist, sie zur Kenntnis nimmt und auf ihrer Grundlage die Annahme erklärt — , sind wir bei der Annahmeerklärung des B darüber im Zweifel, ob sie wirksam geworden ist oder nicht. Die Hebung dieses Zweifels ist darum wichtig, weil gerade bei der Annahmeerklärung der Moment des Wirksamwerdens eine über sich hinausgehende Bedeutung in sich trägt. Bei der Offerte bedeutet Wirksamkeit den Eintritt der Gebundenheit, bei der Akzeption liegt darin gleichzeitig die Perfektion des Vertrages, die positive Rechtsverschiebung; und darum müssen wir jetzt die Hebung dieses Zweifels versuchen.

§ 5.

Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, so ist zu untersuchen, ob § 130 Satz 1 B. G. B. zur Anwendung gelangt. Er lautet: „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben ist, in dem Zeitpunkt wirk-

[1]) Anm. 33 a zu § 361.
[2]) So auch Warnyer zu § 147.
[3]) S. 136 zu § 147 Satz 1.

sam, in welchem sie ihm zugeht." Das B. G. B wollte durch diese Vorschrift den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der empfangsbedürftigen Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist, ein für allemal fixieren. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist aber keineswegs eindeutig, und doch ist es von größter Wichtigkeit, den Zeitpunkt des Wirksamwerdens so genau wie möglich feststellen zu können. Gibt er uns doch das Datum des wirksam gewordenen Rechtsgeschäftes an und damit z. B. die Dauer des durch das Geschäft abgeschlossenen Rechtsverhältnisses, das Datum der Kündigung, Beginn und Ablauf der Verjährung, er gibt den Augenblick an, bis zu welchem der Widerruf der Erklärung nötig ist (§ 130 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.), er ist maßgebend dafür, ob ein Geschäft zustande gekommen ist, trotzdem die Annahmeerklärung abhanden gekommen und deshalb niemals zur Kenntnis des Antragstellers gelangt ist, je nachdem sie entweder vor oder nach dem Zugang verloren gegangen ist, u. s. w.

Im allgemeinen herrscht über die Frage des Wirksamwerdens von Willenserklärungen hauptsächlich infolge des Schweigens der Quellen lebhafter Streit. Im scharfen Gegensatz standen die Anhänger der Aeußerungs-[1]) oder Deklarationstheorie, nach denen die Willenserklärung bereits mit der Abgabe wirksam wird, zu den Anhängern der Vernehmungs-, Rekognitionstheorie.[2]) Diese letzteren forderten, daß die Erklärung dem Empfänger zum Bewußtsein gekommen sein müsse. Neben diesen beiden Theorien gab es noch die Entäußerungs-, Absendungs- oder Uebermittelungstheorie[3]) und die Empfangstheorie.[4]) Nach den Anhängern der Absendungstheorie mußte die Erklärung abgesandt sein, während die Empfangstheorie die Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam werden ließ, wenn sie an den Empfänger gelangt war. Die letztere setzte sich schon im gemeinen Recht immer mehr durch und fand in den Artikeln 320, 321 des alten HGB. ihren ersten gesetzlichen Niederschlag. Auch das BGB. folgte

---

[1]) Puchta, Lehrb. Pand. 12. Aufl. Leipz. 1877 (§ 251 a). Kühn in Jher. Jahrb. 16 S. 1; Bülow und Hagemann, Prakt-Erörterungen IV. S. 20 ff; weitere Literatur s. bei Windscheid-Kipp, Pand. 9. Aufl. 2 zu § 306.

[2]) so Windscheid-Kipp 2 § 306; Bekker, Jahrb. d. gem. Rechts II S. 243 ff, S. 116 ff, 295 ff.

[3]) Köppen, Jher. Jahrb. Bd. 11 S. 373; ebd. 3 S. 258.

[4]) Emminghaus, Hasenöhrl, Hauser, Karlowa, Schott, Dernburg, Pand. 9. Aufl. Bd. II § 11, Seuffert in Seuff. Arch. S. 17; s. auch Windscheid-Kipp 2 § 306.

dieser Theorie, da als Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen unter Abwesenden der Zugang festgelegt wurde. — Hatten die Verfasser des BGB. durch den § 130 gehofft, den gemeinrechtlichen Streit für immer begraben zu haben, so ist ihnen dieses nicht gelungen. Es trifft dies wohl insoweit zu, als nur der § 130 sagt, daß Erklärung und Absendung nicht genügen, aber auch Kenntnisnahme nicht notwendig ist. Mehr sagt der Paragraph nicht. Eine genaue Feststellung des Zeitpunktes des Wirksamwerdens ist durch die Einführung des Zugangsbegriffs also nicht erfolgt; denn das Zugehen bezeichnet nur ein Gelangen zum Adressaten, läßt aber nicht erkennen, wie weit die Erklärung gelangt sein muß.[1]) Diese Feststellung zeigt uns schon unser Ziel. Es ist zunächst unsere Aufgabe, diesen Zeitpunkt zu finden und ihn genau abzugrenzen. Das Gesetz unterscheidet Willenserklärungen unter Anwesenden und solche unter Abwesenden. § 130 BGB. stellt das Erfordernis des Zugehens nur für die Erklärung unter Abwesenden auf. Ob sich aus dieser Tatsache eine andere Behandlung der Willenserklärung unter Anwesenden ergibt oder ob für beide Arten dasselbe Prinzip maßgebend ist, soll später untersucht werden. — Auf die nähere Erörterung der Frage nach dem Zugang kann nicht verzichtet werden, denn wir werden im Verlauf dieser Arbeit zu der streitigen Frage Stellung nehmen müssen: Sind in Ausdehnung des Satzes im § 147 alle Gespräche, die mittels Fernsprechers geführt werden, solche unter Anwesenden? Je nach der Lösung der Frage würde sich eine verschiedene Behandlung der Willenserklärung bezüglich des Zugangs ergeben, vorausgesetzt, daß der Zugang von Willenserklärungen unter Abwesenden anders zu behandeln ist als der unter Anwesenden.

Wir wenden uns zunächst den Willenserklärungen unter Abwesenden zu. Das Gesetz spricht von einem Zugehen nur im Zusammenhang mit „in dessen Abwesenheit". Abwesend im Sinne des § 130 ist jemand, mit dem ich aus irgendwelchen Gründen, sei es, daß ich nicht kann oder daß ich nicht will, nicht unmittelbar verhandele, sondern mich einer mittelbaren Erklärung, etwa eines Schriftstücks bediene. Dagegen anwesend sind die Parteien dann, wenn sie in einem solchen Verhältnis stehen, daß ein unmittelbarer Meinungsaustausch zwischen ihnen stattfinden kann.[2])

---

[1]) Vgl. Leonhard, Wahlschuld S. 34.
[2]) Vgl. Staub Anm. 28 zu § 361.

Die Schöpfer des BGB. hatten bei dieser Regelung das Bestreben, Rechte und Pflichten zwischen Absender und Empfänger gerecht zu verteilen. Wenn die Anhänger der Erklärungs- und Uebermittlungstheorie das Wirksamwerden der Willenserklärung mit der Abgabe verlangten, so entzogen sie einerseits dem Absender der Willenserklärung das Widerrufsrecht und ließen andererseits den Empfänger nicht nur die Gefahr der Uebermittlung tragen, sondern banden ihn auch schon an die Erklärung, bevor es ihm möglich war, sie zu kennen. Diese Theorien wurden also den Interessen beider Parteien keinesfalls gerecht, so daß man sie mit Recht ablehnen mußte. Bei der Vernehmungstheorie läßt sich auf Seiten des Absenders dagegen eine Unbilligkeit feststellen. Der Empfänger konnte nämlich nach seinem Belieben den Zeitpunkt des Wirksamwerdens hinausschieben; zudem hatte der Absender noch für einen etwaigen Verlust einzustehen, trotzdem der Empfänger schon die Verfügungsgewalt hatte. Aus dieser kurzen kritischen Gegenüberstellung der verschiedenen gemeinrechtlichen Theorien ersehen wir, wo der „Punkt" im Interesse beider Parteien liegen muß; denn die Vernehmungstheorie hat ihn zu spät, die Aeußerungs- und Uebermittlungstheorie zu früh gelegt. Wir können sagen: er liegt da, wo die Willenserklärung aus der Machtssphäre des Erklärenden in die des Empfängers gelangt, wo also dem Erklärenden die Gefahrtragung nicht mehr zugemutet werden kann, weil er auf das Schicksal der Erklärung keinen Einfluß mehr hat und wo der Empfänger in die Lage versetzt wird, sich von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis zu verschaffen.

Wir haben hiermit wohl einen Grundgedanken des Zugangs von Willenserklärungen gefunden, aber er ist für die Mannigfaltigkeit der konkreten Tatbestände zur genauen Fixierung des Zugangszeitpunktes noch nicht ausreichend und klar genug.

Thiele [1]) hat wohl als erster mit Hilfe des Besitzes dieses Problem zu lösen versucht. Besonders aber Titze [2]) und andere [3]) fordern für den Zugang den Besitzerwerb verkörperter

---

[1]) Arch. Ziv. Prax. 89 S. 36.
[2]) in Iher. Jahrb. 47 S. 379 ff.
[3]) Titze folgend: Kunstmann S. 49 = Schüler S. 11; Breit in Sächs. Arch. Bd. 15 S. 653; s. auch Oertmann S. 454, mit Einschränkung, „auf kleineren Fall längerer Besitz".

Erklärungen. Titze[1]) wirft der herrschenden Lehre, die sich hier mit der Voraussetzung erlangter normaler Möglichkeit der Kenntnisnahme hilft, vor, daß sie „den Blankettbegriff des Zugehens durch Begriffe zu ersetzen suchen will, die ihrerseits einer weiteren Erörterung bedürfen." Titzes Auffassung ist unzutreffend.[2]) Er übersieht dabei, daß, wenn man den hier entscheidenden Faktor der sehr umstrittenen Lehre vom Besitz entnehmen will, der Begriff des „Zugangs" nur noch mehr verschleiert wird. Häufig wird es schwieriger sein zu entscheiden, wann jemand „Besitzer" geworden, als wann ihm die Möglichkeit der Kenntnisnahme und Wahrnehmung einer Willenserklärung verschafft worden ist; denn jene Voraussetzung ist eine juristische, diese aber eine tatsächliche, und schon aus diesem Grunde leichter bestimmbar. Aber sebst wenn wir hierüber hinwegsehen, so müssen wir doch feststellen, daß seine Lehre zur Lösung der Frage nicht beiträgt. Titze sagt selbst, daß der Besitz, und zwar der unmittelbare, nur das Mindesterfordernis sei und allein nicht genüge, vielmehr müsse die Möglichkeit der Kenntnisnahme hinzutreten.[3]) Es ist aber unrichtig, den Besitz als als Mindesterfordernis hinzustellen, denn es ist möglich, daß die Kenntnisnahme, die mehr als Zugang ist, ohne Besitz eintritt.[4]) So kann das an mich adressierte Schriftstück mir zur Kenntnis kommen vor Erlangung des Besitzes daran, z. B. dann, wenn der Schreiber A einer an mich adressierten Offerte diese meinem Freunde B zur Uebermittlung mitgibt. B trifft mich nicht zu Hause an und telefoniert mir darauf den ihm bekannten Inhalt der Offerte. Hier ist die Offerte des A mir zugegangen, ohne daß ich in den Besitz der von A geschriebenen Offerte gelangt bin. Es ist verfehlt, wenn man die Wirkung des Hingelangens einer Willenserklärung in den Wahrnehmungsbereich des Gegners durch das Besitzverhältnis erfassen wollte; denn Wahrnehmung und Wahrnehmungsmöglichkeit haben an sich mit Sachbesitz nichts zu tun.

---

[1]) a. a. O.

[2]) so Manigk, We. u. We. S. 309 ff; Staudinger § 130, 3; Enneccerus § 149 a 2, 2b; v. Tuhr S. 433; Hedemann Arch. Bürg. Recht 25 S. 361; Bekker, Jahrb. Dogm. 89, S. 43; Leonhard, Wahlschuld S. 37.

[3]) Titze a. a. O. S. 387 ff.

[4]) Vgl. Manigk W. und Wg. S. 310; ähnlich Hedemann a. a. O. Bd. 25 S. 361.

Wir gehen von dem früher bezeichneten Grundgedanken [1]) aus, daß Zugang Verschaffung der Kenntnismöglichkeit sei. Zugehen ist nicht tatsächliche Kenntnisnahme. Treten Hemmnisse auf, so können diese beim Zugehen und bei der Kenntnisnahme vorhanden sein. Nehmen wir an: A ruft den B fernmündlich an, B meldet sich, nimmt dann, da seine Aufmerksamkeit durch irgend etwas abgelenkt wird, als A gerade seine Mitteilung macht — z. B. eine Kündigung ausspricht — den Hörer vom Ohr ab. Als er ihn wieder erheben will, gibt A bereits das Schlußzeichen. In diesem Fall wird zwar die Kenntnis der Kündigung hinausgeschoben, nicht aber der Zugang. Es dürfte ohne weiteres im Sinne der Empfangstheorie und einer gerechten billigen Auffassung liegen, daß diese Umstände nicht der Absender, sondern der Empfänger zu vertreten hat. Ferner müssen wir alle die Hemmnisse ausscheiden, die vor der Ankunft der Erklärung ohne Zutun des Adressaten von außen her eintreten können, sei es, daß der Bote die Schriftstücke unterwegs verliert, daß er ein Ferngespräch übermitteln will und dabei gerade die Leitung gestört wird, u. s. w. In derartigen Fällen kann von einer Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger nicht gesprochen werden.

Aus diesem Zusammenhang heraus sieht man, welchen Nutzen der eingangs dieser Arbeit gekennzeichnete Gesichtspunkt der Zurechenbarkeit auch hinsichtlich der so wichtigen Auslegung des § 130 B. G. B. gewährt. Brodmann [2]) hebt hervor, daß diese Regelung des Zugehens für den Empfänger schwere Gefahren in sich berge. — Sind wir indessen genötigt, den § 130 so zu verstehen, daß auch der vorsichtigste Empfänger, der schuldlos ist, Schaden erleide, wenn er so behandelt werde, als hätte er Kenntnis von einem Schreiben oder einer fernmündlichen Erklärung erhalten, die ihm unbekannt geblieben ist? Treu und Glauben gebieten offenbar, dem Empfänger nichts zuzurechnen, für das er nicht infolge eigenen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Schuld verantwortlich gemacht werden kann. Auch an dieser Stelle zeigt sich wiederum, daß im Tatbestand der Willenserklärung das Verschulden eine entscheidende Funktion hat. Hier liegt der maßgebliche, vielfach

[1]) s. S. 26 dieser Abhandlung.

[2]) Die Handelsgeschäfte S. 18 in Ehrenbergs Handbuch des H. R. IV. 2 (1918).

nicht genügend beachtete Gesichtspunkt. Manigk[1]) hebt zutreffend hervor, daß die legale Behandlung der Willenserklärung einerseits auf dem im Tatbestand der äußeren Erklärung liegenden Rechtsschein und dessen gewissen Loslösung vom wirklichen Willen beruht, andererseits aber auf der diesen in der Auslegung und bei den Willensmängeln berücksichtigenden Zurechnung und daß die Zurechnung ferner auf der Kategorie der Schuld aufzubauen ist, „entsprechend der das Zivilrecht beherrschenden legalen Gleichung: Kennen = Kennenmüssen". Um einer Forderung des Verkehrsbedürfnisses zu genügen, muß dieser Formel der rechtlichen Zurechnung in der Lehre von der Willenserklärung Eingang verschafft werden und nur unter diesem Gesichtspunkt dürfte der Begriff des Zugehens im Verkehrssinn bedingt sein. Denn gerade der Zugangsbegriff verlangt Rücksichtnahme auf das Gebot von Treu und Glauben und beruht ebenso auf entsprechender Berücksichtigung der Zurechenbarkeit. Die Zurechnung stützt sich auf die allgemeine Rechtspflicht, die das geschäftliche Verhalten der Rechtssubjekte beherrscht in dem Sinne, das Verhalten der Rechtssubjekte gegenüber anderen im verkehrsmäßigen Sinne zu werten und diesen Sinn sich rechtzeitig zum Bewußtsein zu bringen. Wenn auch diese Rechtspflicht kein Schuldverhältnis entstehen läßt — denn sie gewährt keine Forderung auf Erfüllung —, so bringt ihre Außerachtlassung doch rechtliche Folgen mit sich, die das Wesen der Zurechnung ausmachen.[2])

Setzen wir den oben gewonnenen Grundsatz in Verbindung mit dieser Auffassung und nehmen schließlich den Begriff der Willenserklärung zu Hilfe, als dessen Charakteristikum wir den Kundgebungszweck, die Absicht, die Willenserklärung zum Empfänger zu dirigieren, erkannt haben, so muß umso mehr daran festgehalten werden, daß zu einer Erklärung nicht nur die Angabe, sondern auch die Ueberführung des Ausdruckmittels an den Wahrnehmungsort erforderlich ist. Wir sehen daher mit Manigk[3]) den Zugang einer Willenserklärung als eingetreten an, „wenn der Erklärende die Erklärung dem Empfänger so nahe gebracht hat, daß ihm nach der Verkehrsauffassung die Wahrnehmung derselben ermöglicht

---

[1]) Beitr. z. Wirtschaftsrecht Bd. 2 S. 640 ff.

[2]) Vgl. Manigk a. a. O., wo dieser Gesichtspunkt ausführlich behandelt ist.

[3]) We. und Wg. S. 311.

ist", daß er (der Empfänger) bei Anwendung der verkehrsmäßigen Sorgfalt von ihr Kenntnis zu erlangen vermag.

Auf diese Weise werden gegenseitige Härten beseitigt und die Wirksamkeit der Erklärung unter den beiden Interessen gerecht werdenden Gesichtspunkt der Zurechnung gestellt. Ebenso wenig wie jede dem Empfänger zugehende Erklärung dem anscheinenden Absender zugerechnet wird, hier vielmehr auch der Gesichtspunkt der Sorgfaltspflicht entscheidend ist, [1]) ebensowenig darf dem Adressaten der Empfang lediglich auf Grund von räumlichen und tatsächlichen Verhältnissen zugerechnet werden; die Pflichtverletzung ist vielmehr auch hier entscheidend.

Ein Zugangsbegriff, der Treu und Glauben nicht berücksichtigt, würde handelsrechtlich da zu unerträglichen Entscheidungen führen, wo das Gesetz an den Zugang noch weitere Wirkungen der Zurechnung knüpft, insbesondere im § 362 HGB. Das Schweigen darf die dort normierte Folge der Vertragsannahme nur unter der Voraussetzung des eingetretenen Zugangs des Antrags haben. [2]) — Diese Ansicht vom Zugang teilt auch die herrschende Lehre und Rechtsprechung.[3])

Bei der vielfach strittigen Frage, wann der Zugang in eigenartig liegenden Fällen erfolgt ist, bleibt zu beachten, ob der Zugangsmodus vom Gegner selbst vorgeschrieben war oder nicht. Bestellt sich jemand eine Erklärung postlagernd, so muß sie mit dem Moment, wo sie in der bezeichneten Post abholungsfähig ist, als zugegangen angesehen werden. Daß der Gegner auf diese Weise vielleicht erst später zur Kenntnis dieser Erklärung gelangt, folgt aus dem von ihm selbst gewählten Zugangsmodus, er selbst trägt also die Gefahr. So wie jeder Betroffene ein Recht auf eine Willenserklärung hat, so kann er selbst vorzeichnen, welchen Weg der Erklärende ein=

---

[1]) Dazu RGK § 130 bei 1 S. 198 oben; – Vgl. die Ausführungen auf S. 34, auch RG. v. 28. Nov. 1930, wo diese Grundsätze unter dem Gesichspunkt von Treu und Glauben, der das Interesse beider Parteien schützt, anerkannt sind.

[2]) J. v. Gierke, Handelsr. § 51 hebt zutreffend hervor, daß gem. § 362 HGB der Vertrag ohne weiteres durch bloßes Schweigen ohne eine Annahmeerklärung, ja sogar ohne einen Annahmewillen des Kaufmanns zustande käme, und unterscheidet diesen Vorgang mit Recht von dem im § 151 BGB geregelten. Beachtlich ist, daß dieser Autor ferner für § 362 HGB verschuldetes Unterbleiben der Gegenäußerung verlangt.

[3]) Enneccerus, Bd. 1 S. 394; Leonhard S. 36; Cosack 1 S. 305; Crome 1 S. 393; Planck 1 S. 206; RG 50, 194, 56, 264, 58 407, 60, 336.

schlagen soll, um die Erklärung im konkreten Fall in seine, des Betroffenen, Wahrnehmungssphäre zu bringen.

§ 6.

Wir haben bisher vom Wirksamwerden einer Erklärung unter Abwesenden gesprochen und festgestellt, daß der Gesetzgeber im § 130 B. G. B. eine Regelung nur für Erklärungen unter Abwesenden hat treffen wollen. Soll nun der Grundsatz des § 130 B. G. B. auf mündliche Erklärungen unter Anwesenden ausgedehnt werden oder ist vielmehr aus der ausdrücklichen Setzung des Grundsatzes für den engeren Kreis der Willenserklärungen unter Abwesenden seine Ausnahmenatur und daher zu folgern, daß er für den weiteren Kreis ausgeschlossen sein soll? Hier stehen also der Schluß aus der Rechtsähnlichkeit auf Ausdehnung (Analogie) und der Schluß aus der Annahme auf die gegenteilige Regel (argumentum contrario) wahlweise zur Verfügung.

Wir nehmen zunächst die Behauptung, daß die Erklärung durch den Fernsprecher als Erklärung unter Anwesenden anzusehen sei, soweit die Vertragsschließenden unmittelbar fernmündlich verkehren, als richtig hin, ohne vorerst ihre tiefere Berechtigung nachzuprüfen.[1] Wir behandeln also die Kontrahenten am Fernsprecher als Anwesende, die mündlich miteinander reden und fragen: können wir die Grundsätze der Empfangstheorie auch auf Erklärungen dieser Personen anwenden? Das Gesetz schweigt hierüber; und wenn wir uns in den Materialien über den Grund dieses Schweigens orientieren, so finden wir in den Motiven [2]) sowohl als in den Protokollen [3]) die Angabe, unter Anwesenden ergebe sich die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Willenserklärung „in der Regel aus der Natur der Sache“. Soweit das aber nicht der Fall sei, habe das Gesetz nicht die Aufgabe, einzelne besonders geartete Fälle zu berücksichtigen. So sind denn in der Literatur beide Meinungen vertreten. Hölder [4]), Cosack [5]),

---

[1]) Das wird unter in § geschehen.
[2]) I S. 156.
[3]) S. 69.
[4]) a. a. O. zu § 130.
[5]) Anm. 5 zu § 59.

Staudinger[1]) sagen, es sei durchaus kein Grund vorhanden, von der Empfangstheorie, die das Gesetz einmal zu Grunde gelegt habe, in diesem Punkte abzuweichen. Sie sei ebenfalls auf Erklärungen unter Anwesenden anzuwenden; auch reiche das „Zugehen" aus. Die Gegner, besonders Planck[2]), Zitelmann[3]) folgern „aus dem Sinn des Gesetzes", daß die Vernehmungstheorie gelten müsse. Nach ihrer Ansicht besteht kein Verkehrsbedürfnis dafür, daß „Zugehen" allein schon genügend und maßgeblich sein solle, weil der Erklärende Gelegenheit nehmen könnte, sich zu überzeugen, ob die Erklärung auch wirklich vernommen sei. —

Jung[4]) vertritt gleichfalls die Ansicht, daß es für Erklärungen unter Anwesenden bei der grundsätzlichen Notwendigkeit der Kenntnisnahme, des Vernehmens durch den Empfänger verbleiben muß und zwar argumentiert er folgendermaßen: Die Anhänger der Empfangstheorie[5]) verlangten regelmäßig Wahrnehmungsfähigkeit des Empfängers, daß mündliche Erklärungen gegenüber diesem während des Zustandes seiner Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Geistesstörung nicht abgegeben werden können. Hierbei müsse man sicherlich die Einschränkung machen, daß solche Tatsachen dem Erklärenden nur dann entgegengesetzt werden könnten, wenn sie dem Erklärenden bekannt waren oder dieser sie hätte erkennen müssen. Das Gleiche müsse bei bloßer Schwerhörigkeit des Empfängers eintreten.[6]) Auch das Reichsgericht, das eine sehr weitgehende Ausdehnung der Zugangswirksamkeit auf mündliche Bestellung an Mittelspersonen im Haushalt des Empfängers zulasse, verlange von dem Erklärenden die Prüfung nach der erforderlichen geistigen Fähigkeit der von ihm gewählten Mittelsperson.[7]) Da wir aber keine gesetzliche Bestimmung hätten, die in diesem Zusammenhang von Vernehmung, „von wirklichem Verstehenmüssen seitens des Empfängers"[8]) spreche, so müsse ein Rückgriff gestattet sein, der sich aus der Natur der Sache rechtfertige. Damit sei der

[1]) III vor § 116; ebenso Goldmann-Lilienthal S. 173 und prinzipiell Isay S. 95; vgl. auch Oertmann S. 721 und 722; derselben Ansicht ist R.G.61, 415.

[2]) Note 2 zu § 130

[3]) Grundriß S. 96 b.

[4]) Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 117 S. 74 ff.

[5]) Vgl. Staudinger a. a. O.

[6]) Vgl. auch Cosack Lehrbuch Bd. 1 S. 200.

[7]) RG. 60, 337.

[8]) Jung a. a. O.

Beweis dafür erbracht, daß dem Reichsgericht und auch den Schriftstellern, die den gleichen Standpunkt vertreten, das Wirksamwerden erst mit dem Vernommensein an sich als das Natürlichere erschienen sei. Jung entscheidet sich also gegen die Ausdehnung des Zugangsbegriffs und für das Vernehmen als regelmäßiges Erfordernis bei mündlichen Erklärungen unter Anwesenden. —

Wir lehnen die letztgenannte Ansicht ab und wollen versuchen, die gegenteilige Meinung zu rechtfertigen aus dem Begriff der Willenserklärung heraus. Wir charakterisierten oben die Willenserklärung als eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient, und erkannten bei dieser Feststellung in jeder Willenserklärung den Kundgebungszweck als wesentlich.[1]) Infolgedessen muß sich bei jeder Willenserklärung ein Gegner finden lassen, für den die Kundgebung vom Erklärenden berechnet ist; jede Willenserklärung muß den Beteiligten von dem Erklärenden zugeführt werden. Es genügt bei keiner Willenserklärung für ihre Wirksamkeit die bloße Abgabe. Alle Willenserklärungen müssen Empfänger haben, d. h. sie müssen einem anderen gegenüber abgegeben werden; denn sie berühren fremde Rechtssphären und müssen daher dem Beteiligten behufs weiteren Verhaltens derselben zugehen. Der § 130 B. G. B. ist danach auch auf Willenserklärungen anzuwenden, die unter Anwesenden abgegeben werden. Gerade für Willenserklärungen dieser Art erweist sich der § 130 als rechtliche Stütze. Man denke an die Fälle, in denen der Erklärungsgegner taub oder blind ist, oder in denen der Gegner sich ein Hindernis schafft, um den Effekt der Wahrnehmung absichtlich zu vereiteln, indem er etwa fortläuft. Manigk[2]) sagt in diesem Zusammenhang mit Recht: „Hat der Erklärende das zur Wahrnehmung seiner Aeußerung Erforderliche getan und bedurfte es nur noch des Wahrnehmungsaktes seitens des Gegners, so ist sie diesem zugegangen und wirkt damit nach § 130 ohne Rücksicht auf wirkliche oder vereitelte Wahrnehmung."

Wir sehen also, daß das Zugangserfordernis nicht das Charakteristikum einer bestimmten Gruppe von Willenserklä-

[1]) Brodmann a. a. O. S. 11 sieht ebenfalls die Willenserklärung grundsätzlich als eine der Kundgebungsabsicht dienende Handlung an. Vgl. ferner H. Lehmann, Allg. Teil 24 IV. und weitere Literatur dort.

[2]) We. und Wg. S. 334

rungen ist, sondern daß der „Zugang“ für alle Willenserklärungen gilt und damit jede Willenserklärung erst mit ihrem Zugang, d. h. dem durch den Erklärenden bewirkten Uebergang in die Wahrnehmungssphäre des Adressaten vollendet ist. Danach bedeutet „Zugehen“ unter Anwesenden Abgabe der Erklärung in Gegenwart des anderen Teiles mit der Maßgabe, daß diesem die Wahrnehmung der Erklärung nach der Verkehrsauffassung ermöglicht ist.

Als Ergebnis dieser Untersuchung können wir feststellen, daß Besonderheiten bei der Erklärung durch den Fernsprecher hinsichtlich des Zugangs nicht bestehen ohne Rücksicht darauf, ob fernmündliche Erklärungen solche unter Anwesenden oder unter Abwesenden sind.

§ 7.

Wir haben den Begriff des Zugehens zu umgrenzen und somit gleichzeitig die Bedingungen zu bestimmen gesucht, unter denen ein Vertragsschluß zustande kommen kann; denn verneinen wir den rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung, so verneinen wir damit auch die Perfektion des Vertrages. Es ist also jetzt die Grundlage vorhanden, auf der wir die vielseitig erörterte Frage behandeln können, die wir bis dahin offen gelassen haben. Bisher haben wir den Grundsatz, daß eine durch den Fernsprecher abgegebene Erklärung einer unter anwesenden abgegebenen schlechthin gleichzustellen sei, ohne nähere Begründung unseren Untersuchungen zugrundegelegt. — Es muß zunächst versucht werden, die erwähnte Gleichstellung aus dem Gesetz zu begründen; denn Rechtsbegriffe sind nicht philosophisch oder psychologisch, sondern rechtlich und daher in erster Linie auf das Gesetzesrecht zu gründen. Wäre nun im Gesetz der Grundsatz unzweifelhaft ausgesprochen, so wären wir aller Bedenken enthoben. Dies ist aber nicht der Fall. Der § 147 Abs. 1 Satz 2 B. G. B., der einzige, der uns zu Gebote steht, stellt lediglich fest, daß eine durch den Fernsprecher gesandte Offertenerklärung die Bindung des Offerenten nur für die gleiche kurze Frist bewirken soll wie die unter Anwesenden gemachte. Wir ersehen aus diesem Paragraphen, daß in diesem einen Punkt — der Gebundenheit des Antragstellers — der einem Anwesenden gemachte Antrag und der mittels Fern-

sprechers von Person zu Person gemachte einander gleichgestellt werden. Im übrigen sagt das Gesetz nichts hierzu. Daß das Gesetz einer prinzipiellen Entscheidung aus dem Wege gehen wollte, beweisen die Vorarbeiten deutlich. Wir wollen deshalb die Gesetzesmaterialien für unsere Entscheidung heranziehen, um zu sehen, welche Gedankengänge dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben und was ihn veranlaßte, von einer grundsätzlichen Entscheidung abzusehen. Der § 83 E I, der dem jetzigen § 147 B. G. B. vorausging, enthielt keine Bestimmung über den Antrag mittels Fernsprechers. Die Motive [1]) bemerken nur zu § 74 (jetzt § 130): „ob eine Willenserklärung unter Anwesenden oder Abwesenden erfolgt, hängt von der Beschaffenheit des Falles ab. Wenn mit der herrschenden Meinung für das eine oder andere entschieden wird, je nachdem die Beteiligten sich in einer solchen körperlichen Nähe, daß sie von Person zu Person verhandeln können, befinden oder nicht, so ist dieser Gesichtspunkt nicht ohne weiteres verwertbar für diejenigen Willenserklärungen, die im Wege des unmittelbaren telefonischen Verkehrs abgegeben werden; es wird zwar von Person zu Person verhandelt, aber die Beteiligten befinden sich nicht in körperlicher Nähe. Es spricht manches für die Annahme, daß auf diesen Verkehr die Grundsätze des mündlichen Erklärens unter Anwesenden Anwendung zu finden haben." — In der zweiten Kommission wurde dann der Antrag gestellt, dem § 83 folgenden Satz 2 beizufügen: „Dies gilt insbesondere von einem mittels Fernsprechers gemachten Antrage." Man erwog: [2]) „Die große Bedeutung des Fernsprechwesens mache es dringend erforderlich, zu der an sich zweifelhaften Frage positiv Stellung zu nehmen, ob der telefonische Verkehr rechtlich als ein Verkehr unter Anwesenden anzusehen sei. Die Entscheidung müsse im ersteren Sinne erfolgen. Eine körperliche Anwesenheit im gewöhnlichen Sinne sei allerdings nicht vorhanden; dies sei aber nicht entscheidend. Entscheidend sei, daß wie bei körperlich Anwesenden ein mündlicher unmittelbarer Verkehr ermöglicht sei, daß Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen können. Da jedoch beim telefonischen Verkehr die Laute nicht unmittelbar von einem dem anderen zugehen, sondern eine Vermittlung durch den Mechanismus stattfindet, so sei die Gleichstellung mit

[1]) Mot. S. 160; Mugdan S. 440.
[2]) Protokolle S. 165 ff.; Mugdan S. 690 ff.

der Verkehr unter Anwesenden ausdrücklich auszusprechen. Es genüge, wenn dies hinsichtlich der Annahme einer Offerte geschehe. Für einen allgemeineren auch sonstige empfangsbedürftige Willenserklärungen umfassenden Ausspruch würde sich schwerlich eine passende Fassung finden lassen. Auch sei es fraglich, ob ein solcher nicht unter Umständen zu weit gehen würde. Man könne es vielmehr der Wissenschaft und der Praxis überlassen, den dem § 83 Satz 2 zugrundeliegenden Gedanken in sonstigen Fällen, soweit er dort zutreffe, gleichfalls zu verwerten." — Die Denkschrift[1]) endlich begründet die Aufnahme des obigen Satzes damit: „Bei der wachsenden Bedeutung des Fernsprechverkehrs empfehle sich eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art zur Beseitigung von Zweifeln."

Die Ausbeute, die die Gesetzesstellen und die Vorarbeiten gewähren, ist gering. Den richtigen Weg zu finden, bleibt, wie die Motive[2]) mit gewisser Berechtigung sagen, auch hier der Praxis und der Wissenschaft überlassen. Die Gesetzgebung hat lediglich Normen aufzustellen, die die Rechtssphären der Rechtssubjekte gegeneinander abgrenzen. Die juristische Begriffsbildung ist die vornehmste Aufgabe der Wissenschaft.

Wir haben oben die Erfordernisse eines wirksamen Vertrages gekennzeichnet und fragen: Ist der Vertrag, der durch den Fernsprecher abgeschlossen wird, so geartet, daß er den Normen der Verträge unter Anwesenden unterzuordnen ist oder birgt er trotz größter Aehnlichkeit mit dem Vertrag, der unter Anwesenden geschlossen wird, gewisse Momente in sich, die es geboten erscheinen lassen, ihn den gesetzlichen Bestimmungen der Verträge unter Abwesenden zu unterwerfen? Es sei vorweg genommen, daß die herrschende Lehre auf dem Standpunkt steht, daß der § 147 Abs. 1 Satz 2 analog auf alle Erklärungen durch den Fernsprecher anzuwenden ist und daß man sie den Erklärungen unter Anwesenden gleichstellt, wenn das Gespräch von Person zu Person geführt wird. Bruhn[3]) widerspricht dieser Ansicht. Er gibt zunächst selbst zu, daß das Hauptmerkmal des Vertrags unter Anwesenden, die „unmittelbare Gedankenkommunikation", beim Fernsprechvertrag vorhanden ist. Die Umsetzung der Sprachlaute in Elektrizität und

[1]) S. 26.; Mugdan S. 836.
[2]) a. a. O.
[3]) a. a. O. S. 10. ff.

die spätere Reproduktion am Empfangsapparat macht es nicht fraglich, ob wirklich von einer unmittelbaren Gedankenverbindung gesprochen werden kann, zumal der sich durch diese Umgestaltung entstehende Zeitverlust auf Bruchteile von Sekunden reduziert, sodaß praktisch von einem Zeitverlust kaum die Rede sein kann. Bruhn vermißt beim Vertrag durch den Fernsprecher die Fähigkeit der Parteien, sich gegenseitig vollkommen zu kontrollieren. Wenn A und B fernmündlich miteinander verhandeln, so könne keiner von ihnen — und insofern hat Bruhn schon Recht — mit Bestimmtheit sagen, ob wirklich der andere in persona ihm am Empfangsapparat gegenübersteht. Bruhn führt dann weiter zu seiner Begründung an; „ . . . was die gegenseitige Kontrollierbarkeit, das gegenseitige „Sich-preisgegeben-sein" anlangt, so gibt es auch nicht eine einzige Sekunde, in der nicht Gefahr vorhanden wäre, daß irgendwo eine Krähe sich auf den Leitungsdraht setzt, ihn auf den darunterliegenden biegt und so all den Momenten ein Ende macht, die bei tatsächlich Gegenwärtigen das Zustandekommen des consensus so sehr begünstigen."[1]) — Auf dem gleichen Standpunkt steht Philippi[2]), der die Möglichkeit, sich fernmündlich zu verständigen, den verschiedensten Zufälligkeiten mechanischer und physikalischer Art aussetzt und es als einen Mangel ansieht, daß das Ferngespräch zeitlich sehr beschränkt sei. Beides seien Argumente, die gegen die Annahme eines Gesprächs unter Anwesenden sprechen würden. — Hiergegen läßt sich einmal einwenden, daß bei dem heutigen Stand der Technik eine derartige dauernde Gefahr, wie sie Bruhn sieht, so gut wie ausgeschlossen ist; zum anderen muß gesagt werden, daß die Gefahr der Verstümmelung der Uebermittlung auf das Konto dessen geht, der diesen Zugangs- und Uebermittlungsmodus wählt. Es ist im Zusammenhang mit der Darlegung des Zugangs schon hervorgehoben worden, daß der die Gefahr für die Uebermittlung trägt, der den Zugangsmodus selbst vorgeschrieben hat. Diese Entscheidung wird den tatsächlichen Geschehnissen durchaus gerecht.

Bruhn will den Vertrag, der durch den Fernsprecher abgeschlossen wird, aus den oben genannten Gründen einer Behandlung eigner Art unterwerfen. Er erinnert dabei an Meili[3])

---

[1]) a. a. O. S. 12
[2]) a. a. O.
[3]) Telefonrecht S. 203.

und Maaß[1]), die gleichfalls für den Vertrag mittels Fernsprechers eine besondere Behandlung forderten. Die beiden letzten Autoren machten den Vorschlag, den fernmündlich abgeschlossenen Vertrag nachträglich schriftlich zu bestätigen.[2]) Hiergegen wendet schon Philippi[3]) mit Recht ein, daß der Vertrag durch den Fernsprecher ein solcher ist, der der Bestätigung nicht bedarf; denn wäre eine solche nötig, dann müßte man annehmen, daß erst diese Bestätigung den Vertrag zum Abschluß bringt. In diesem Falle wäre der Fernsprecher im Geschäftsleben vollkommen überflüssig, man könnte dann ja von vornherein den einfacheren schriftlichen Weg einschlagen. Eine Bestätigung verlangt das Gesetz aber nicht und ihre Einführung kann höchstens, wie einleitend schon gesagt wurde, im Interesse der Parteien zur Vermeidung von Irrtümern anheimgegeben werden. — Dasselbe läßt sich gegen den Vorschlag von Bruhn sagen, der die Einführung eines Stichwortes wie etwa „abgemacht" dem Offerenten aufbürden will, obwohl nicht verkannt werden soll, daß man hierdurch ein Beweismittel zur Feststellung der Tatsache, ob der Offerent die Annahmeerklärung durch den Fernsprecher gehört hat, in die Hand bekommen würde.

Die herrschende Ansicht bejaht heute allgemein mit Recht die Frage, ob der § 147 Absatz 1 der analogen Ausdehnung fähig ist. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich damit, daß die Rede des einen unmittelbar von dem anderen vernommen wird, ohne daß sich allerdings die Beteiligten Auge in Auge gegenüberstehen; denn gerade das Charakteristische einer mündlichen Erklärung unter Anwesenden, daß die Rede des einen unmittelbar von dem andern vernommen wird, findet sich auch beim fernmündlichen Verkehr. Der Umstand, daß das durch den Fernsprecher vermittelte Wort ebenso verhallt wie das zu einem Anwesenden gesprochene Wort, rechtfertigt die mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Erklärung ebenso zu beurteilen wie die einem Anwesenden gegenüber abgegebene Erklärung. Maßgeblich ist nicht die räumliche Entfernung, mögen die Verhandelnden auch hunderte von Kilometern entfernt sein, sondern das Erklärungsmittel.

---

[1]) § 3a a. O.
[2]) Vgl. a. a. O.
[3]) a. a. O. S. 9.

Man muß bei diesem Streitpunkt die Frage aufwerfen: Liegt der Grund, aus dem hier die Erklärung unter Abwesenden von der unter Gegenwärtigen verschieden behandelt wird, darin, daß die Möglichkeit mündlicher Verständigung oder die persönliche Gegenwart, das Sichgegenseitig-sehen der Parteien, eine besondere Behandlung notwendig macht. Legt man auf den ersten Punkt das entscheidende Gewicht, so muß die Willenserklärung mittelst Fernsprechers als solche unter Gegenwärtigen behandelt werden; kommt es auf den zweiten Punkt an, so gilt sie als solche unter Abwesenden. — Wir haben uns zu der Frage bereits entschieden.

Ein weiteres Argument für die Richtigkeit unserer Entscheidung ist folgendes: Aus § 105 Abs. 2 B. G. B. folgert man[1]), daß dem vorübergehend geistig Gestörten Willenserklärungen unter Abwesenden zugehen können. Gilt dies auch von Willenserklärungen mittels Fernsprechers? Es fragt sich, ob man Willenserklärungen unter Gegenwärtigen diesen Personen gegenüber deshalb die Gültigkeit versagt, weil hier der Erklärende durch seine Gegenwart den Geisteszustand des anderen erkennen kann oder deshalb, weil es hier an einem körperlichen Träger der Mitteilung fehlt, der das spätere Verständnis derselben ermöglicht. Letzteres wird der Fall sein und somit dürfte hier der Fernsprecher einen Verkehr unter Anwesenden vermitteln.

Wir stellen also fest, daß das Gesetz für den Vertrag unter Anwesenden eine körperliche Anwesenheit nicht erfordert. Ins Gewicht fällt der Umstand, ob ein besonderer Vermittlungsvorgang beim Vertrag durch den Fernsprecher erforderlich ist oder nicht. Da aber beim Ferngespräch Entäußerung und Vernehmung in einem Punkt zusammenfallen, ist hier ein Vermittlungsvorgang nicht erforderlich. — Neben der Unmittelbarkeit des Verkehrs liegt eine unverkennbare Aehnlichkeit der fernmündlichen Erklärung mit der Erklärung unter Anwesenden darin, daß in beiden Fällen Mund und Ohr als Abgabe- und Aufnahmeorgan der Erklärungen dienen. Wenn das Ohr in einem Fall auch nur die Reproduktion der Laute aufnimmt, während es im anderen die Laute selbst empfängt, so ist doch das Reproduktionsmittel das mit der schlicht mündlichen Erklärung Gemeinsame, das die fernmündliche Erklärung von der schriftlichen ganz wesentlich abweichend gestaltet.

[1]) Vgl. Planck Bem. 2 zu zu § 130 u. Erl. 4 zu § 131; Crome I S. 392.

Es läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die Erklärungen durch den Fernsprecher mit den Erklärungen unter Abwesenden einige Berührungspunkte haben, neben den bereits erwähnten vor allem, was die räumliche Entfernung der Parteien anbetrifft. Ein weiteres Argument, das sonderbarerweise von den Anhängern dieser Ansicht nicht herangezogen wird, liegt, wie oben gezeigt wurde, bei der Offerte, wenn im Anschluß an sie die Leitung plötzlich gestört ist und deshalb die Annahme nicht sofort erklärt werden kann. Man kann also gerade bei diesem Punkt leicht in Verlegenheit kommen, was bei einer Offerte, die einem persönlich und räumlich Anwesenden gemacht wird, nicht passieren kann.

Wenn man aber die einzelnen gegenteiligen Argumente gegeneinander abwägt, so ist eine Gleichstellung mit dem Vertrag unter Anwesenden durchaus gerechtfertigt [1]), jedoch — dem Wesen der Sache entsprechend — nur, wenn das Gespräch von Person zu Person geführt wird, d. h. zwischen den Parteien selbst oder ihren bevollmächtigten Vertretern stattfindet, andernfalls ist das Gespräch auch rechtlich, was es tatsächlich ist, ein Gespräch unter Abwesenden.

Diese ganze Unterscheidung, die auch in der Literatur gemacht wird, ist ziemlich bedeutungslos, zumal die herrschende Meinung durchaus den Standpunkt vertritt, daß Ferngespräche unter den oben genannten Bedingungen solche unter Anwesenden sind. Die hier besprochene Streitfrage verliert zunächst an Bedeutung im Sinne des § 130 B. G. B., aber auch sonst, so im Sinne des § 147 B. G. B. Hier ist der Begriff der Anwesenheit ohnedies schon unterhöhlt, da Personen, die sich durch den Fernsprecher unterhalten, eben keine Anwesenden im strengen Sinne des Wortes sind, nur juristisch als Anwensende behandelt werden. Wohl aber ist die Erklärungen unter ihnen eine von Mund zu Mund übermittelte und steht daher im Gegensatz zu den verkorperten Erklärungen. [2])

---

[1]) So Rrsenthal, Note 38 zu § 130; Windscheid 1 S. 341 ff; Dernburg a. a. O. S. 388; Planck Anm. zu § 130; Goldmann-Lilienthal zu § 145; RGRK zu § 147; Jung, Gießener Festgabe S. 140 ff. Fischer Henle Bem. 2 zu § 130; Crome, 1. Bd. S. 392 Anm. Warneyer zu § 130; gegen eine Verallgemeinerung Isay in „Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts“ S. 9.

[2]) Vgl. Oertmann zu § 130.

Wir haben gesagt, daß alle Willenserklärungen „zugehen" müssen, gleichgültig, ob es Willenserklärungen unter Anwesenden oder Abwesenden sind. Und da ein Vertrag erst zustandekommt mit dem Zugang der Erklärung, so ist es unerheblich, ob die Erklärung unter An- oder Abwesenden abgegeben ist. Lediglich wird im allgemeinen bei Erklärungen unter Anwesenden der Zeitpunkt der Vertragsperfektion früher liegen. Das liegt aber, wie wir gesehen haben, an der Art und Weise, welchen Uebermittlungsmodus man für seine Erklärungen wählt. Und was diese Unterscheidung für den Vertragsantrag anbelangt, so hat hier der Gesetzgeber im § 147 Abs. 1 Satz 2 eine Regelung getroffen.

Es versteht sich von selbst, daß von einem Ferngespräch unter Anwesenden tatsächlich und rechtlich nicht die Rede sein kann, wenn beispielsweise ein Dienstbote am Empfangsapparat steht; denn dann ist es kein Gespräch mehr von „Person zu Person". In diesem Fall ist das Gespräch eines solches unter Abwesenden, denn der Bote ist nicht Willensvertreter des Adressaten, er übermittelt nur das Vertragsangebot seinem Herrn und es gilt diesem als zugegangen, wenn nach der Verkehrsauffassung zu erwarten ist, daß er von dem Angebot Kenntnis erlangt hat. In diesem Augenblick kommt der Vertrag zustande, es sei denn, daß eben die Offerte nicht angenommen wird.

§ 8.

Wir haben gesehen, daß der Fernsprecher eine Willenserklärung nur dann zur Vollendung bringen kann, wenn sich der Empfänger selbst oder eine zur Empfangnahme von Willenserklärungen bevollmächtigte Person am Empfangsapparat befindet. Hört nun eine andere nicht bevollmächtigte Person die durch den Fernsprecher gesprochenen Worte, so ist damit die Erklärung noch nicht vollendet. Vollendet wird sie in diesem Fall erst, wenn der Hörende als Mittelsperson des Erklärenden dem eigentlichen Empfänger das Gehörte mitteilt. Nur wenn der Hörende zur Empfangnahme für den Empfänger bevollmächtigt ist, kommt die Erklärung bereits durch den Zugang an ihn zur Vollendung. (§ 164 Abs. 3). Damit berühren wir die Frage, ob eine Offerte, die derjenige, für den

sie bestimmt ist, nicht selber entgegennimmt, auch von Dritten, z. B. Angestellten, entgegengenommen werden kann. Wie regelt sich, allgemein gesprochen, bei Mittelspersonen die Frage, der Ab- bezw. Entgegennahme von Willenserklärungen, die durch den Fernsprecher abgegeben werden? Zweifel ergeben sich nicht, wenn die Empfangsperson ausdrückliche Vertretungsmacht hat, wohl aber, wenn dies nicht der Fall ist. Eine gesetzliche Vorschrift, nach welcher Willenserklärungen mittels Fernsprechers gewissen Mittelspersonen (Geschäftsangestellten, Dienstpersonal u. s. w.) gegenüber mit Wirksamkeit für den Empfänger abgegeben werden oder nach welcher diese Personen fernmündliche Willenserklärungen für den Prinzipal rechtswirksam abgeben könnnen, ohne daß sie Vollmacht haben, gibt es im heutigen Recht nicht. Der moderne Geschäftsverkehr hat nun aber die Notwendigkeit des Grundsatzes mit sich gebracht, daß eine an das Kontor eines Kaufmanns in seiner Abwesenheit ergehende fernmündliche Erklärung in der Regel von jedem kaufmännischen Angestellten des Kontors wirksam entgegengenommen werden kann. — Das Hamburger Oberlandesgericht hat im Jahre 1904/05 noch folgendermaßen entschieden: A erteilt dem Börsenmakler B den Auftrag zum Verkauf von Aktien und widerruft den Auftrag gegen 11 Uhr vormittags fernmündlich. Am anderen Fernsprecher nimmt der Handlungsgehilfe C des B den Widerruf entgegen. Der Widerruf wurde dem schon auf einem Geschäftsgang und dann zur Börse gegangenen B von C, der geglaubt hatte, B komme nochmals vormittags ins Kontor zurück, nicht übermittelt. Mittags um 1 3/4 Uhr verkauft B an der Börse die Aktien. Das Hanseatische Oberlandesgericht erkennt: „Der Widerruf wurde nur wirksam, wenn er zur Kenntnis des B. kam.“ Es bemerkte dazu, es sei unmöglich, Vorkehrungen behufs Erreichbarkeit für geschäftliche Mitteilungen zu treffen. Hiergegen läßt sich das einwenden, was auch der 1. Zivilsenat des Reichsgerichts[1]) gesagt hat: eine an das Kontor eines Kaufmanns in dessen Abwesenheit ergehende fernmündliche Erklärung geht ihm in dem Zeitpunkt zu, in dem sie von einem dazu Befugten entgegengenommen worden ist. Als dazu befugt ist in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Kontors anzusehen. Die gegen-

[1]) RG. 61, 125.

teilige Ansicht, die auch Planck[1]) vertritt, dürfte dazu führen, den Angestellten des Geschäftsinhabers als Boten des Dritten zu behandeln. Das wäre aber für den Verkehr unter Kaufleuten gerade das Gegenteil dessen, was der Verkehrsauffassung entspricht. Der Geschäftsverkehr mittels Fernsprechers wäre praktisch undurchführbar, wenn Dritte nur mit dem Geschäftsinhaber persönlich verhandeln könnten.[2]) Es steht jedoch mit der Verkehrsauffassung im Einklang, eine Ausnahme von diesem Prinzip eintreten zu lassen, wenn bei dem werktäglich zur Börsenzeit die Börse besuchenden Makler in seiner Abwesenheit der Widerruf so kurz vor Börsenbeginn zuging, daß es nicht mehr möglich war, ihn vor dem Verkauf der Aktien zu erreichen. Grundsätzlich wird man hier eine Ausnahme immer dann gestatten, wenn es an größeren Orten feststehende Geschäftsgewohnheit aller großen Kaufleute ist, zu einer bestimmten Tageszeit nicht zu Hause bezw. nicht im Geschäft zu sein. Dies ist ein Umstand, mit dem man rechnen muß.[3]). — Im vorliegenden Fall erscheint es aber unerfindlich, warum ein Börsenmakler nicht nochmals eine Nachfrage nach dem Eingang von Geschäftsnachrichten innerhalb jener beinahe 3 Std. hätte möglich machen können.

Das Oberlandesgericht Dresden hat sogar noch im Jahre 1920/21 die fernmündliche Mängelanzeige nach § 377 HGB., die nach § 86 Abs. 2 HGB. zulässig an den Agenten gerichtet war, für unwirksam erklärt, weil das Ferngespräch von dem Angestellten des Agenten abgenommen wurde und dieser die Erklärung seinem Prinzipal nicht weitergegeben hatte. Der dritte Zivilsenat des Reichsgerichts[4]) sagt dazu einfach mit Recht: Diese Einschränkung ist mit den Anforderungen des modernen Verkehrs nicht vereinbar.

Diese Forderung des Verkehrslebens, den Angestellten als berechtigt zur Empfangnahme von fernmündlichen Offerten u. s. w. anzusehen, läßt sich auch rechtsdogmatisch begründen mit dem Institut der stillschweigenden Vollmacht. Vollmacht ist eine rechtliche Eigenschaft, eine rechtliche Macht des Vertreters. Diese braucht nicht ausdrücklich erklärt zu

---

[1]) Vgl. Erl. 3 zu § 130.

[2]) Vgl. RG. 102, 256.

[3]) Vgl. JW. 05, 488; Warneyer zu § 130; so auch Staub Anm. 38a zu § 372.

[4]) RG. 102, 295.

sein. Schon in den ersten Entscheidungen des Reichsgerichts Band I S. 8 und Band V S. 16 wird festgestellt, daß darin eine stillschweigende Bevollmächtigung liege, wenn ein Angestellter sich als Bevollmächtigter giriert, ohne daß der Prinzipal dagegen einschreitet. — Isay [1]) stellt die Entstehung der Vollmacht ganz unabhängig davon her, ob sie tatsächlich erteilt ist, im Anschluß an die römischen actiones exercitoria und institoria und die §§ 65, 85, 527 HGB. auf objektive Momente ab. Er geht davon aus, daß dem Dritten überall solche Momente entgegentreten, die entweder der Geschäftsherr selbst geschaffen hat oder normalerweise in ihrem Bestande auf dem Willen des Geschäftsherrn beruhen. In der Rechtsprechung wird anerkannt, daß im Handelsverkehr der Vertretene es grundsätzlich gegen sich gelten lassen muß, wenn seine Angestellten unter seiner stillschweigenden Duldung so auftreten, als ob sie Vertretungsmacht hätten, wobei es darauf ankommt, welchen objektiven Erklärungswert das Verhalten des Vertretenen für denjenigen hat, an den es sich wendet. Die Rechtsprechung hat die Zusammenhänge zwischen der Rechtsnatur der handelsrechtlichen Duldungsvollmacht und derjenigen der Willenserklärung zuweilen richtig gekennzeichnet. Das Reichsgericht [2]) sagt: „Er (Prinzipal) muß sein Gewährenlassen objektiv — gleich einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung — so gegen sich gelten lassen, wie es der Gegner nach Treu und Glauben verstehen dürfte." Es entspricht der Forderung des Wirtschaftslebens, daß, wer einem anderen die äußere Stellung eines Bevollmächtigten einräumt, den Schluß auf eine Bevollmächtigung gegen sich gelten lassen muß [3]). Die Rechtsordnung läßt also hier den Rechtsschein wirken. Hierbei muß aber beachtet werden, daß es gerade das Verhalten des Vertreters sein muß, das die Annahme einer Vollmacht als gerechtfertigt erscheinen läßt. [4])

Es ergibt sich als eigentliche Kernfrage: Ist bewußtes Zulassen des Vertretungsaktes seitens des Prinzipals gemeint oder genügt jedes nach Außen hervortretende Unterlassen von Gegenäußerungen? Die Rechtsprechung betont mit Recht, daß es für den Bestand und den Umfang der Vollmacht auf das in die äußere Erscheinung tretende Verhalten des Machtgebers

---

[1]) Die Geschäftsf. nach dem BGB 1900, S. 239.
[2]) Warneyer 1923/24 Nr. 157.
[3]) Vgl. Warneyer, Komm. zu § 167 S. 312.
[4]) So Warneyer, Komm. a. a. O.

ankomme. Es wird auch heute nicht mehr bezweifelt werden, daß es für die Frage der Zurechnung auf das eigene Verhalten desjenigen ankommt, dem zugerechnet wird. Prüft man die Voraussetzungen der Zurechnung, so ergibt sich, daß in der Mehrzahl der Entscheidungen beim Vertretenen stillschweigendes Dulden gegenüber einer öfteren Wiederholung von Vertretungshandlungen des Nichtbevollmächtigten vorausgesetzt wird.[1]) Andererseits muß sich ein Kaufmann nicht nur das zurechnen lassen, was er gewußt oder geduldet hat, daß sein Angestellter gewisse nicht im Rahmen seiner Vertretungsmacht liegende Geschäfte im Namen des Prinzipals vorgenommen hat, sondern auch das, was er nicht wußte, bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt aber hätte wissen müssen.

Den Kern der Begründung der stillschweigenden Vollmachtserteilung bildet, wie sich aus den Entscheidungen ergibt, der Rechtsschein. Daß dieses Bestreben, den gutgläubigen Dritten zu schützen, dringendes Gebot des Verkehrs ist, hat die Rechtssprechung schon wiederholt hervorgehoben.[2]) Der Dritte wird in seinem Vertrauen auf den Bestand einer Vollmacht geschützt, wenn dasselbe auf einem das Vorhandensein einer Vollmacht wahrscheinlich machenden äußeren Tatbestand beruht, der geeignet ist, den guten Glauben unter Zugrundelegung der Verkehrsauffassung zu rechtfertigen[3]) und durch ein vertretbares Verhalten des Vertretenen hervorgehoben ist, das dieser sich zurechnen muß. Bei der Würdigung der hier in Frage stehenden handelsrechtlichen stillschweigend bewirkten Vollmacht ist, wie Manigk[4]) richtig hervorhebt, zunächst zu beachten, daß auch die legale Behandlung der Willenserklärung einerseits auf dem im Tatbestand der äußeren Erklärungen liegenden Rechtsschein beruht, andererseits auf der Zurechnung, die auf der Kategorie der Schuld aufzubauen ist. Die Rechtssprechung hat Zurechnung als Willenserklärung dann eintreten lassen, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies hinsichtlich eines Verhaltens forderten, mochte dieses auch einer ganz anderen Absicht des Handelns dienen. Hier bleibt dem Handelnden nur das Recht der Irrtumsanfechtung. — Von Tuhr[5]) steht auf dem Standpunkt, daß unter Kaufleuten nach § 346 HGB. einer auf Fahrlässigkeit

---

[1]) Vgl. Baer, Bd. 23 der „Rechtsfragen der Praxis“ S. 19.
[2]) s. RG 118, 234; OLG Hamm 30, 390; Gruch. 69, 601.
[3]) So Wellspacher, Arch. Ziv. Praxis Bd. 130, 81.
[4]) Stillscheigend bew. Vollm. i. Handelsrecht S. 640.
[5]) v. Tuhr II, 2 S. 394.

beruhenden Duldung die Bedeutung einer Vollmacht beigelegt werden könne. Er läßt aber diese Ansicht nur für Kaufleute gelten, da diesen eine straffere Organisierung ihres Betriebes und eine strengere Beaufsichtigung ihres Angestellten zugemutet werden könne als im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr.

Wir lehnen diese einschränkende Auslegung ab, einmal deshalb, weil die Regeln über Vollmacht in erster Linie dem BGB. angehören, zum anderen, weil die Grundsätze von Treu und Glauben auch den bürgerlichen Verkehr beherrschen, wo das Schutzbedürfnis mindestens die gleiche Berechtigung hat wie unter erfahrenen Kaufleuten. Wir treten vielmehr dem in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Prinzip bei, wonach wir mit einer Ausdehnung der Grundgedanken der §§ 169—173 BGB. einerseits und der Schutzbestimmungen in den §§ 56, 85 HGB. in Verbindung mit § 157 BGB. und § 346 HGB.[1]) andererseits den Schutz des berechtigten Vertrauens in äußeren Tatbeständen im Gebiete der stillschweigenden Vollmacht zu suchen haben.[2]) In den Fällen der stillschweigenden Vollmachtserteilung handelt es sich nicht darum, eine Schadenersatzpflicht etwa entsprechend dem § 122 BGB. zu begründen, sondern vielmehr darum, der begrifflichen Willenserklärung einen Scheintatbestand gegenüberzustellen, der keine rechtsgeschäftlichen, sondern gesetzliche Wirkungen auslöst. Diese Grenzziehung legt Manigk[3]) in trefflicher Weise dar. Die von dem Autor angedeutete Lösung zeigt uns die ganze Problemstellung hinsichtlich der Frage des Verschuldens. Es müssen hierbei zwei Gruppen klar geschieden werden. Bei der ersten, die der echten, aber irrtümlichen Willenserklärung tritt im Falle ihrer Anfechtung die Schadenersatzpflicht nach § 122 BGB. ein, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Erklärenden. Die zweite Gruppe bilden die Scheintatbestände, die ohne Kundgebungsbewußtsein

---

[1]) Manigk führt in RG-Praxis S. 198 aus, daß der § 346 HGB nicht nur als ein Hinweis auf die gewöhnliche Auslegung gemäß Treu und Glauben, sondern auch dahin zu verstehen sei, daß Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehes gewissen symbolisch gewordenen Handlungen und Unterlassungen typisches Gepräge verleihen können.

[2]) Vgl. Erbach S. 15 ff. der mit Recht darlegt, daß sich die stillschweigende Ermächtigung nicht als ein interner zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter liegender Tatbestand bezeichnen läßt, das Gegenteil sei vielmehr der Fall, gerechtfertigt aus Rechtsanlogie unter Zuhilfenahme des § 346 HGB.

[3]) Irrtum S. 250 Fußnote 1.

gesetzt werden und deshalb begrifflich nicht den Willenserklärungen einzuordnen sind. Hinsichtlich der Haftung bei der ersten Gruppe (ob Veranlassungsprinzip Gefährdungshaftung) soll mit Manigk[1]) die Lösung darin gefunden werden, daß die Funktion zweier entgegengesetzter Prinzipien anerkannt und die Fälle der „stillschweigend bewirkten Vollmacht" methodisch von der ersten Gruppe abgegrenzt werden. Haben wir den Scheintatbestand einer Willenserklärung vor uns, so handelt es sich jedenfalls nicht um einen Erklärungstatbestand, der im Kundgebungsbewußtsein verwirklicht wird; für diese Fälle ergibt sich aus Treu und Glauben das Erfordernis der Schuld.

Die Funktionen dieser beiden genannten Prinzipien (Begriff der Willenserklärung und Verantwortlichkeit) sucht auch Larenz[2]) methodisch zu klären. Auch er setzt zur Begründung einer Verantwortlichkeit für ein Verhalten dessen Zurechenbarkeit voraus. Nach Manigk's Lehre genügt es, daß das Verhalten als solches zurechenbar ist, wobei es sich aber um das Eintretenmüssen für dessen Erklärungswert handelt. Larenz erfordert eine Zurechenbarkeit des Erklärungssinnes. Einen das Ergebnis der Auslegnug beeinflussenden Unterschied vermögen wir in dieser Lehre nicht zu erkennen. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Verhalten zurechenbar ist, handelt es sich von vornherein um ein mit gewissem Erklärungswert umgebenes Verhalten. Will der Autor einen Unterschied zwischen Erklärungswert und Erklärungssinn machen? Die subjektive Beziehung, die wir verlangen, besteht zwischen dem Handelnden und dem von ihm bewirkten Verhalten, dessen Erklärungswert bereits feststeht, da nur objektive Maßstäbe (Treu und Glauben, Verkehrsauffassung) denselben bestimmen. Erst dann ergibt sich die Frage, ob ein solches Verhalten nach denselben objektiven Normen zurechenbar ist; und letztere fordern ferner die Einschaltung der Schuldhaftung[3]), so daß sich eine gerechte Interessenabwägung erzielen läßt.

Wir sahen, daß die Frage der stillschweigenden Bevollmächtigung besonders bei vorhandenem Fernsprechanschluß erheblich wird. Man kann die Ansicht des Reichsgerichts[4]) als die herrschende bezeichnen[5]), wonach die in einem Betriebe

[1]) a. a. O.
[2]) a. a. O. S. 27 ff.
[3]) Manigk, Irrtum S. 250.
[4]) Vgl. RGRK § 167 S. 290/291.
[5]) ebenso Oertmann § 167 Anm. 4

alle den Fernsprecher bedienenden kaufmännischen Angestellten zur Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen bevollmächtigt sind. Es spricht auch, wie Düringer-Hachenburg [1]) richtig annimmt, die Vermutung dafür, daß Erklärungen, die durch das Kontor eines Kaufmanns erfolgen, von einem hierzu Ermächtigten abgegeben werden. [2]) Diese Ansicht teilt auch Staub. [3]) Wellspacher [4]) warnt gegenüber dieser Ansicht vor zu großer Ausdehnung solcher Ermächtigungen, auch auf den Fall des Haltens eines Fernsprechanschlusses. Noch weiter geht — allerdings zu Unrecht — Titze. [5]) Dieser Autor lehnt sogar eine Empfangsvollmacht des zur Bedienung des Fernsprechers Bestellten ab und betont, [6]) daß das Vorhandensein einer Fernsprechanlage im Geschäft nichts an den sonstigen Grundsätzen über Entstehung einer Handlungsvollmacht ändere. — Indessen hat sich die gegenteilige Rechtsprechung als fruchtbarer und dem Handelsverkehr dienlicher erwiesen. — Mit Recht sagt Staub dann aber, daß es durch nichts begründet sei, eine weitergehende Ermächtigung anzunehmen. Keinesfalls sei es zulässig, den § 56 HGB. analog anzuwenden; denn es fehle hier der Gesichtspunkt, der für die Sonderbestimmung des § 56 maßgebend war, der unmittelbare lebhafte Verkehr mit der Oeffentlichkeit, der es im Interesse der schnellen und reibungslosen Abwicklung des gewöhnlichen Handkaufverkehrs als angebracht erscheinen lasse, die Käufermenge erst jedesmal zu einer Prüfung der Legitimation der einzelnen Verkäufer im offenen Laden oder Lager anzuhalten. [7]) Hier wird nicht allein das wirkliche Vertrauen des Dritten geschützt, sondern das Vertrauen derjenigen Partei, die sich auf die publica fides des Angestelltenseins und auf die aus ihr fließende gesetzliche Ermächtigung verläßt. Dies ist der verkehrsmäßige Sinn des Angestelltenseins, der als durch die Handelssitte typisiert, in § 56 HGB. festgelegt ist. [8])

Wer die Zurechnung von Rechtsakten in ihren Erscheinungsformen erfassen will, darf an den sogenannten typisierten

---

[1]) Anm. 6 z § 54.

[2]) Vgl. OLG Hamburg Hans. G. 3. 13, Hpt. Bl. 308.

[3]) § 54 Anm. 13

[4]) a. a. O. S. 104

[5]) bei Ehrenberg II, 2 S. 958 Anm. 45.

[6]) a. a. O. S. 957.

[7]) Vgl. Staub zu § 56.

[8]) Vgl. Manigk Stillschw. bew. Vollm. S. 614. Hupka a. a. O. S. 124.

Erklärungsakten [1]) und ihre Bedeutung beim Ferngespräch nicht vorübergehen. Rechtsordnung, Verkehrs- und Handelssitte prägen gewissen typischen Verhalten endgültig einen rechtsmaßgeblichen Sinn auf, sodaß die Geltendmachung eines abweichenden wirklichen Willens des Handelnden ausgeschlossen wird. In diesen besonders durch § 56 HGB. und § 164 Abs. 2 BGB. vertretenen Tatbeständen verstärkt sich die Zurechnung aus Verkehrsrücksichten außerordentlich. — Ein Kaufmann ermächtigt durch die Anlage eines Fernsprechanschlusses nicht schlechthin sämtliche Angestellte zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten oder zur Abgabe sonstiger Erklärungen, noch zur Entgegennahme aller fernmündlichen Erklärungen [2]) Weder das bürgerliche Recht führt zu dieser Folgerung, noch kann sie aus den Bedürfnissen oder Gewohnheiten des Handelsverkehrs gerechtfertigt werden. Es gelten also in erster Linie die allgemeinen Grundsätze über die Voraussetzung der Vertretungsmacht und bei einer etwa mißbräuchlichen Benutzung des Fernsprechers durch zur Abgabe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht bevollmächtigte Personen die Vorschrift des § 831 BGB. Es geht auch nicht an, etwa aus dem § 171 BGB. einen allgemeinen Rechtssatz etwa derart herzuleiten, daß, wo ein äußerer jemandem zurechenbarer Tatbestand verkehrsmäßig den Schein der Vollmacht hervorruft, ein unanfechtbare Scheinvollmacht anzunehmen. Hierdurch würde die im § 167 BGB. liegende Grundnorm der Vollmachterteilung praktisch beseitigt. [3]) Es haftet daher der Besitzer eines solchen Anschlusses weder für die Benutzung des Apparats durch einen Unberufenen (die entgegengesetzte früher von Staub 6.—7. Auflage Anm. 11 und auch von einzelnen Gerichten z. B. LG. I. Berlin und OLG. Braunschweig, beide in ZHR. 40, 450 vertretene Meinung hat im Gesetz keine Stütze; sie hatte ihren letzten Grund in der jetzt nicht mehr zutreffenden Annahme, der Fernsprecher sei eine außergewöhnliche Einrichtung, deren Gefahren der Inhaber des Anschlusses tragen müsse), noch trägt er die Folgen entstandener Irrtümer, noch hat er für Erklärungen einzustehen, zu denen er keine Ermächtigung gegeben hat; denn nicht jeder Voll-

---

[1]) Manigk a. a. O. S. 660 ff.
[2]) Vgl. Meili, DJZ. 98, 457 und Frankenberger DJZ. 04, 843.
[3]) Manigk, Stillschw. bezw. Vollm. S. 620.

machtschein ersetzt ohne weiteres die Vollmacht. Der Vertrauensschutz hat hier nur in bestimmtem Maße Berechtigung.[1])

Es darf nicht verkannt werden, daß gerade bei einem Kaufmann, der eine Fernsprechanlage besitzt, die Gefahr des Mißbrauchs mit dem Fernsprecher sehr groß ist und deshalb besonders sorgsame Bewachung erfordert wird, es sei denn, daß der Geschäftsherr die vollmachtlose Vertretung am Apparat duldet, was er sich aber dann zurechnen muß. Die Rechtsprechung[2]) zeigt, daß sich das in der Lehre schon mehrfach vertretene Schuldprinzip[3]) bei der Zurechnung der Scheinvollmacht eingebürgert hat. Es kommt nicht darauf an, ob der Kaufmann, der seinen Angestellten den Fernsprecher unwidersprochen bedienen läßt, durch sein Verhalten veranlaßt, daß Mißbrauch der Vollmacht eintrat. Entscheidend ist vielmehr, ob eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorliegt. Dies ist die Voraussetzung, von der die Zurechenbarkeit des durch die äußere Stellung hervorgerufenen Rechtsscheins in jedem Falle abhängt.

Die Verantwortlichkeit des Besitzers eines Fernsprechers geht aber lediglich soweit, daß sich der Dritte auf gehörige und gewissenhafte Bedienung durch dazu bestimmte Angestellte verlassen kann. Aus den Entscheidungen des Reichsgerichts[4]) geht hervor, daß der Dritte bei Beurteilung des Verhaltens des Vertretenen voraussetzen darf, daß auf dessen Seite die gebotene Sorgfalt in der Behandlung geschäftlicher Angelegenheiten aufgewandt werde. Das Vertrauen des Dritten wird aber regelmäßig nur dann als berechtigt anerkannt, wenn der Rechtsschein durch die Vernachlässigung der als selbstverständlich vorausgesetzten Sorgfaltspflicht, also schuldhaft, entstanden ist. Entscheidend ist nicht allein, wie das Verhalten gemäß Treu und Glauben aufgefaßt werden dürfte. Es kommt ferner auch auf die Zurechenbarkeit des entstandenen Scheins an.

Zur Empfangnahme von fernmündlichen Erklärungen sind die kaufmännischen Angestellten, das Fernsprechfräulein und

---

[1]) Im allgemeinen zustimmend auch Scholz in Ehrenbergs Handbuch V. Abt. 2 S. 538; vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 59 S. 198.

[2]) bes. RG. 117, 164 ff; 105, 185; Warn. Rechtsspr. 1926 Nr. 154 und 1923/24 Nr. 157.

[3]) Vgl. Larenz, Methode d. Ausl. S. 76. Anm. 1 Düringer-Hachenburg 11, Einl. bei Anm. 14.

[4]) GG. 115, 167; 116, 254; 117, 167; JW. 27 S. 1249; RGRK. § 67 S. 291.

meistens auch Familienangehörige als berechtigt anzusehen.[1]) Es muß hier, was jedem Geschäftsherrn bekannt ist, in Rechnung gezogen werden, daß der Kommis an den Fernsprecher tretend: „Hier X & Co." sagt und von seiner Firma mit „wir" spricht, ein Umstand, der dem Vertrauensschutz seine Berechtigung, aber auch seine Grenzen gibt. Es kann natürlich nicht genügen, wenn beliebige Personen wie z. B. eine mit der Reinigung der Geschäftsräume betraute Person Erklärungen am Fernsprecher entgegennimmt. Die maßgebende Frage ist auch hier, wie weit die Zurechenbarkeit dieser Tatbestände reicht. Die Sorgfaltspflicht des ordentlichen Kaufmannes kann im allgemeinen nicht so weit ausgedehnt werden, daß er in allen Fällen eines Mißbrauchs des Fernsprechapparates durch beliebige Angestellte als Kontrahent haftet. Treu und Glauben verlangen billige Rücksichtnahme auch auf den Vertretenen, den keine Schuld trifft. Denn im allgemeinen wird in solchen Fällen die nähere Prüfung der Vertretungsmacht seitens des anrufenden Gegners bedeutend leichter wiegen als das Risiko des Geschäftsinhabers, das von so weitgespannter Scheinvollmacht in Anspruch genommen wird.

Diese Verantwortlichkeit für den Inhaber eines Fernsprechanschlusses entbindet den, der den Vertragsschluß durch den Fernsprecher herbeiführen will, nicht von der Prüfungspflicht, sich bei dem Antwortenden nach dessen Stellung im Geschäft seines Vertragspartners zu erkundigen. Umstände, die der Antragende kennt oder hätte kennen müssen oder die ihm bei Anruf offenkundig werden, können und müssen freilich nur ihm zugerechnet werden. Diese Erheblichkeit des Kennenmüssens bezw. des Kennens[2]) erzeugt hier die Prüfungspflicht des Dritten. Es besteht kein absolutes, sondern immer nur ein bedingtes Vertrauensprinzip, welches allein dasjenige Vertrauen schützt, das sich auf pflichtmäßige Würdigung des Sachverhaltes gründet.

Hierbei darf man jedoch dem Antragenden Schutz über die wahrheitsgemäße Antwort nicht versagen; der Angestellte ist dann Erfüllungsgehilfe des Geschäftsherrn, wenn er nicht

---

[1]) RG 97, 338; 56, 262.

[2]) Maniak, Stillschw. bew. Vollm. S. 642 ff, weist mit Recht darauf hin, daß der Kennen und Kennenmüssen gleichstellenden legalen Formel der Zurechnung auch in der Lehre von der Willenserklärung Eingang verschafft werden muß, um einer Forderung des Verkehrsbedürfnisses zu genügen.

noch weitergehend Vertretungsmacht hat.[1]) Die Rechtsprechung stellt hinsichtlich der Zurechnung von Scheinermächtigungen erhebliche Bedingungen auf. Wer sich des Fernsprechers bedient, soll nicht der Aufgabe enthoben sein, sich zu vergewissern, mit wem er verhandelt und ob der Betreffende zu den abgegebenen Erklärungen befugt ist.[2]) In der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 103 S. 98 tritt die Auffassung hervor, daß nicht der mißbräuchliche Abschluß durch fernmündliches Gespräch eines Angestellten den Prinzipal bindet, sondern erst dessen Schweigen, nachdem er von dem Abschluß Kenntnis erhalten habe. — Der Geschäftsherr kann sich aber auf eine unrichtige Wiedergabe des von seinem Angestellten entgegengenommenen Gesprächs nicht berufen.[3]) Dasselbe gilt, wenn der Empfänger bezw. einem am Apparat befindlichen Familien- oder Hausmitglied durch die Post ein Telegramm mittels Fernsprechers zugesprochen wird.[4])

Nun kommt es im Geschäftsleben vielfach vor, daß jemand eine geschäftliche Mitteilung macht und, da z. B. die andere Partei nicht anwesend ist, Antwort unter Angabe einer bestimmten Fernsprechnummer verlangt. Trifft dieser Fall zu, dann ist die unter einer falschen Nummer abgegebene Erklärung bedeutungslos, es sei denn, daß sie dem Adressaten persönlich auf andere Art und Weise zugegangen ist. Erfolgte dagegen der Anruf richtig, so trägt der Adressat die Verantwortung für das Zugehen, wenn der Anrufende seinerseits das ihm zu tun Erforderliche getan hat und sich vorher vergewissert hat, daß am anderen Apparat eine Person steht, die eine im obigen Sinne geeignete ist.

Wir stellten schon oben fest, daß ein Kaufmann nicht für unbefugte Benutzung seines Apparates ohne weiteres einstehen kann. Aus diesem Grunde darf der Anrufende nichts unterlassen haben, was seinerseits notwendig war. Das setzt voraus, daß er sich zunächst an das Geschäft seines Gegners wendet, wenn er einem Kaufmann eine geschäftliche Mitteilung machen will. Ein Anruf zu diesem Zweck an die Privatwohnung wird man erst dann zulassen, wenn eine Verbindung mit dem Ort, an dem das Geschäft geführt wird, nicht her-

[1]) RG. 43, 193; 52, 99; 58, 326.
[2]) Recht 1924 Nr. 597.
[3]) LZ. 1925 12702.
[4]) RG. 105. 256.

zustellen ist. Diese Sorgfaltspflicht, die man dem Anrufenden aus Billigkeitsgründen auferlegen muß, verlangt es auch, daß sich der Anrufende, wenn die Verbindung hergestellt ist, erstmal vergewissert, wer am Empfangsapparat anwesend ist. Diese Nachfrage wird bei vielen Gesprächen eine Notwendigkeit sein, nämlich dann immer, wenn man noch gar nicht weiß, wer am Empfangsapparat steht. Unterläßt der Anrufende in einem solchen Fall die Erkundigung, so hat er die Folgen zu tragen, die sich aus dieser Nachlässigkeit ergeben können. Es kann also auf diese Weise zwischen den Fernsprechkorrespondenten ein Vertrag zustandekommen, den der eine Teil vielleicht niemals abgeschlossen hätte, wenn er nicht versäumt hätte, sich über die Person seines Gegners zu orientieren. Allerdings wird der § 119 Abs. 2 BGB. vieles wieder gutmachen. Andererseits verlangt — wie wir schon sagten — eine gerechte Interessenabwägung bei der angerufenen Partei eine entsprechende Sorgfalt. In der Regel wird man jedem Kaufmann die Last aufbürden dürfen, während der Geschäftszeit eine geeignete Person zur Empfangnahme von Ferngesprächen zur Verfügung zu halten.[1]) Wird der Fernsprecher von einem nicht dazu befugten Beamten bedient, so ist die Einrichtung zu treffen, daß der Ermächtigte an den Fernsprecher gerufen wird, andernfalls gilt der den Fernsprecher bedienende Angestellte als empfangsberechtigt.[2]) Bei einem Nichtkaufmann wird man diese Sorgfaltspflicht nicht voraussetzen können. Man kann ihm nicht zumuten, seinen Fernsprecher jederzeit besetzt zu halten. — Wer aber eine wichtige Erklärung fernmündlich zu erwarten hat, hat dafür zu sorgen, daß er — auch nach Geschäftsschluß — rechtzeitig von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis erlangt; andernfalls muß er für die Folgen des verspäteten Zugangs einstehen. Wenn z. B. A dem B einen Vertragsantrag gemacht hat, der bis zu einem bestimmten Zeitpunkt befristet war, und B dem A ein Fernanruf zwecks Annahmeerklärung unter näherer Bezeichnung des Ortes, an dem er anrufen werde, in Aussicht gestellt hatte, so ist A verpflichtet, für den Fall und die Zeit seiner Abwesenheit eine Person zur Empfangnahme der zu erwartenden Erklärung am Fernsprecher bereit zu halten. A muß, da B die Ueber-

---

[1]) Vgl. Meili in DJZ 98 S. 457; Düringer-Hachenburg Anm. 6 zu § 54.

[2]) Vgl. OLG. Hamburg, Hans. G. Z. 12 Hpt. Bl. 67; RG. 102, 295; RG. in JW. 25. S. 611.

mittelung seiner Erklärung durch den Fernsprecher in Aussicht gestellt hatte, mit dieser im geschäftlichen Verkehr keineswegs ungewöhnlichen Uebermittlung der Annahmeerklärung rechnen. Er ist dann auch verpflichtet, wenn er selbst die Erklärung nicht entgegennehmen kann oder will, eine andere Person hiermit zu beauftragen.' Macht A durch sein Verschulden, die durch den Fernsprecher zu erwartende rechtzeitige Erklärung entgegenzunehmen, unmöglich, so muß er nach Treu und Glauben die ihm verspätet zugegangene Erklärung gegen sich gelten lassen.[1])

Wir haben bisher, besonders im letzten Teil der Abhandlung, versucht, Zweifelsfragen, die dem Geschäftsleben bei Inanspruchnahme des Fernsprechers zum Abschluß von Verträgen eigen sind, zu lösen. Wir sind nunmehr in der Lage, den Kopper'schen Fall, der ja der kaufmännischen Praxis entnommen ist, kritisch zu behandeln und die gewonnenen Rechtssätze auf ihn anzuwenden, soweit dies nicht schon gelegentlich der Betrachtungen geschehen ist. Koppers[2]) entschied diesen Fall folgendermaßen: Das Kaufgeschäft sei mangels rechtzeitiger Annahme des Angebotes nicht zustandegekommen. Die Erklärung des B sei nicht eine solche unter Anwesenden, sondern unter Abwesenden, müßte also dem A nach § 130 BGB. „zugehen". Dies sei nicht geschehen. Die Klage des B auf Vertragserfüllung sei also abzuweisen. Auch wenn A sich dem Abschluß absichtlich entzogen haben sollte, so könne daraus für das Zustandekommen des Vertrages nichts hergeleitet werden. Koppers schließt seine Ausführungen mit der schwungvollen, heute längst überholten Rede: „Der Unsicherheit, die dem Erklärenden mittels Fernsprechers auch in anderer Hinsicht anhaftet, dürfte auch dieses Ergebnis geeignet sein, zur Verstärkung der Mahnung mitzuwirken, bei wichtigen Erklärungen sich nicht auf den Fernsprecher zu verlassen."

Es ist durchaus verständlich, wenn mehrere erfahrene Kaufleute, denen Koppers diesen Fall vortrug, über diese Rechtsansicht entrüstet waren, denn A, so meinten sie, stehe weder Verkehrssitte, noch Recht oder Billigkeit zur Seite. Nach ihrer Ansicht sei A verpflichtet gewesen, wenn er wegging, eine andere Person mit dem Empfang des Gespräches

---

[1]) RG. 61, 127; 58, 406; IW. 04, 534; Warn. Rspr. 1916 Nr. 8; RG. in DIZ. 1925 S. 187; LZ. 1925 S. 252.

[2]) In DIZ. 01 S. 112.

zu beauftragen. Koppers wollte die Kaufleute über die konstruktive Unmöglichkeit ihrer Auffassung belehren. Er wies darauf hin, daß aus der Verhinderung des Vertragsabschlusses durch schuldhaftes Verhalten des A höchstens eine Verpflichtung zum Schadenersatz entspringen könne. Ein Verschulden des A könne aber nicht die Wirkung haben, einen Vertrag, der nicht zum Abschluß gelangt sei, dennoch als abgeschlossen zu behandeln." Die Kaufleute waren von der Unrichtigkeit ihrer Ansicht nicht zu überzeugen.[1])

Nun suchte Koppers nach einem anderen Weg, um der kaufmännischen Ansicht näher kommen zu können; er fand aber keinen. Denn der vermeintlich einzig mögliche Weg, die Analogie aus § 151 BGB., führte zu unhaltbaren Folgen.[2]) — Der § 151 BGB. spricht wohl auch nicht vermeintlich für die hier verteidigte Ansicht, wie Koppers meint, sondern er ist für unsere Frage ohne jeden Belang; denn wer durch den Fernsprecher die Schließung eines Vertrages bis zum Ablauf bestimmter Frist anträgt, erklärt damit doch nichts weniger, als den Vertrag als abgeschlossen gelten zu lassen, wenn er binnen dieser Frist keine Annahmeerklärung erhält, verzichtet also in keiner Weise auf eine solche. Nur daß bei derartigem Verzicht der Vertrag ohne Annahmeerklärung zustandekommt, bestimmt § 151 Satz 1. — Hölder[3]) sagt zu diesem Falle richtig, die Entgegnung der Ehefrau des Empfängers, daß ihr Mann verreist sei, daß sie von der Angelegenheit keine Kenntnis habe und sich auf nichts einlassen könne, hindere nicht die Eigenschaft der Erklärung als einer dem Empfänger — dem A — zugegangen. In der Tat muß man die Annahmeerklärung des B dem A gegenüber als rechtzeitig zugegangen ansehen; denn ebenso wie eine briefliche Erklärung in der Regel mit der Abgabe des Briefes an eine empfangsbefugte Person in der Wohnung oder im Geschäftslokal des Adressaten als diesem zugegangen gilt[4]), so geht die an einen Kaufmann in seiner Abwesenheit ergehende fernmündliche Erklärung dann zu, wenn sie von einem dazu Befugten entgegengenommen wird, wozu auch erwachsene Familienmitglieder in der Regel gelten. Hier bestimmt eben die Verkehrssitte als normativer Faktor Wert und Bedeutung

[1]) Koppers a. a. O.
[2]) Vgl. zu dem Kopper'schen Fall Endemann zu § 66 S. 313 f.
[3]) DJZ. 01, 157.
[4]) RG. 50, 194; 56, 263; 58, 407.

des geschäftlichen Verhaltens. — Es ergab sich oben, daß ein Kaufmann, der eine wichtige Erklärung fernmündlich erwartet, dafür selbst Sorge zu tragen hat, daß er von dem Inhalt der Erklärung rechtzeitig Kenntnis erlangt, andernfalls für die Folgen des verspäteten Zugangs einzustehen hat. Wollte man also der Ansicht Koppers, die wir als verfehlt ablehnen, da sie den Gedanken der Zurechnung völlig außer Acht läßt, beipflichten und sagen, die Annahmeerklärung sei noch nicht zugegangen, so müßte man immer noch nach dem oben Gesagten den A für die Folgen des „verspäteten" Zugangs haften lassen.[1])

§ 9.

Es ist noch eine Frage zu erörtern, die im Anschluß an fernmündliche Erklärungen vielfach aufgetreten ist. A ruft den Kaufmann B fernmündlich an. B ist im Augenblick nicht anwesend, deshalb nimmt der Angestellte C die geschäftliche Mitteilung entgegen, übermittelt sie aber falsch an B. Staub[2]) sagt hierzu: Die Frage nach den Folgen hierbei (beim Ferngespräch) tatsächlich vorgekommener Irrtümer richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 119—122 BGB. Es wird im vorliegenden Fall vorausgesetzt, daß die Erklärung richtig in den Fernsprecher hineingesprochen wurde. Soll in diesem Falle der § 120 angewandt werden? Dieser Paragraph beruht auf der Voraussetzung, daß der eine Teil dem anderen gegenüber die Mitteilung nicht persönlich, sondern durch die Vermittlung eines andern kundtut und daß dieser andere, nämlich der Bote, die ihm aufgegebene Erklärung unrichtig wiedergibt. Wir können den Fall ohne weiteres entscheiden auf Grund unserer bisherigen Feststellungen. Wir sahen, daß C als kaufmännischer Angestellter zur Entgegennahme der Erklärung befugt ist. Die Erklärung ist damit dem B zugegangen und wirkt so für und wider ihn, wie sie ihm von C mitgeteilt wurde. Die Möglichkeit, den § 120 BGB. hier anzuwenden, entfällt damit also ohne weiteres. B kann nur, wenn er eine eigne auf diesem Mißverständnis beruhende Willenserklärung

[1]) Die Koppersche Entscheidung gibt uns ein deutliches Beispiel für die Art, wie die alte scholastische Begriffsjurisprudenz gearbeitet und welche Gefahren und Uebertreibungen diese Wortwissenschaft mit sich gebracht hat.
[2]) § 54 Anm. 13.

abgibt, diese nach § 119 BGB. anfechten. Anders muß man entscheiden, wenn es sich nicht um einen Fernsprechverkehr unter Kaufleuten handelt und C nicht ohne weiteres zur Empfangnahme des Gesprächs als berechtigt anzusehen ist. Dann hätte C die Erklärung des A als dessen Bote — C ist nicht, da er keine Vertretungsmacht des B hat, Vertreter des Erklärungsempfängers, sondern Bote des erklärenden A [1]) — unrichtig im Sinne des § 120 BGB. übermittelt. Jene Erklärung ist dann dem B verstümmelt zugegangen. Sie wirkt dennoch in dieser Gestalt eben wegen des Zugangs; nur kommt § 120 BGB. zu Hilfe. — Mißversteht z. B. bei einer Verhandlung durch den Fernsprecher der Erklärungsgegner die Erklärung, so ist für den § 120 kein Platz. Denn hier ist sie ihm nicht objektiv falsch übermittelt, sondern nur von ihm subjektiv falsch aufgefaßt. Ein Gegensatz zwischen der ausgesprochenen und der zu Ohren des Gegners gekommenen Erklärung liegt nicht vor — also ein Mißverständnis, nicht unrichtige Uebermittlung. War dagegen die Erklärung des A bei ihrer Abgabe unrichtig, so findet § 119 BGB. (Irrtum des Erklärenden) Anwendung. A könnte gleichfalls nach § 120 anfechten, wenn er persönlich mit B fernmündlich sprechen würde und wenn der seltene Fall vorkommen sollte, daß seine Erklärung nicht wegen Mißverstehens des B, sondern wegen annormalen Funktionierens des Fernsprechers selbst verfälscht zukommt. [2]) Das, was bei B ankommt und Rechtsschein erzeugt, wird dem A als Willenserklärung zugerechnet; nur ist diese Rechtsscheinwirkung wegen unrichtiger Uebermittlung entkräftbar.

---

[1]) Vgl. hier die Ausführungen bei Dötzer S. 54 ff.
[2]) Vgl. Staudinger zu § 130.

Lebenslauf.

Am 24. Januar 1908 wurde ich in Treysa geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule und sechsjährigem Besuch der Höheren Knaben- und Mädchenschule in Treysa besuchte ich von Ostern 1924 ab das Realgymnasium in Marburg, das ich Ostern 1927 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und bestand nach 7semestrigem Studium in Marburg und Berlin am 3. Juni 1931 vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 16. Juni 1931 beim Amtsgericht in Treysa und wurde am 1. Januar 1932 dem Landgericht in Marburg zur weiteren Ausbildung überwiesen. Seit dem 16. Oktober 1932 bin ich bei der Staatsanwaltschaft Kassel als Referendar beschäftigt.

Kassel, im Dezember 1932.

August Entzeroth.